

Münster 1978

Das Präsentationsrecht in der GmbH

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms Universität

1978

Vorgelegt von: Udo Vitt, Referendar

Das Präsentationsrecht in der GmbH

=====

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen
Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbe-
reich Rechtswissenschaft der

Westfälischen Wilhelms Universität

Vorgelegt von: Udo Vitt, Referendar



Inhaltsverzeichnis
=====

- I. Inhaltsverzeichnis
- II. Literaturverzeichnis
- III. Abkürzungsverzeichnis

1. Teil: Gesellschaftsrechtlicher Hauptteil

1. Kapitel	<u>Einleitung</u>	Seite
A.	Zielsetzung der Arbeit	1
I.	Die gesellschaftsrechtliche Seite	2
1.	Die Stellung der GmbH im Gesellschaftsrecht	2
2.	Standpunkt des Präsentationsrechts in der GmbH	5
3.	Wirtschaftliche Bedeutung des Präsentationsrechts	8
4.	Beispiele aus der Praxis	13
5.	Beschränkung der Bearbeitung	18
a)	Geschäftsführung	18
b)	Aufsichtsrat	19
II.	Die unternehmensverfassungsrechtliche Seite	20
B.	Definition des Präsentationsrechts	23
I.	Möglichkeiten der Vereinbarung eines Benennungsrechts ...	24
1.	Schuldrechtliche Vereinbarungen	25

2. Statutarische Vereinbarungen	27
II. Das Präsentationsrecht als Rechtsinstitut	30
2. Kapitel <u>Gesellschaftsrechtliche Abgrenzung und Er-</u> <u>fassung</u>	
A. Die rechtliche Einordnung des Präsentationsrechts	33
I. Die objektive Seite: Abgrenzung Bestellungsrecht / Präsentationsrecht	36
II. Die subjektive Seite: Abgrenzung der Rechte und Pflichten	39
1. Recht eines Einzelnen	39
a) Übertragung des Präsentationsrechts auf einen Dritten	39
b) Übertragung des Präsentationsrechts auf einen Gesellschafter	41
2. Statutarische Abstimmungsvereinbarung bzw. Verpflich- tung der übrigen Gesellschafter?	43
a) Um welche Pflicht handelt es sich	43
b) Wem ist die Pflicht auferlegt	44
c) Wie wird dieser Pflicht genügt	46
III. Zusammenfassung: Die Rechtsnatur des Präsentationsrechts	51
B. Die Rechtsgültigkeit des Präsentationsrechts	53
I. Soweit einem Mitgesellschafter dieses Recht eingeräumt wird	58

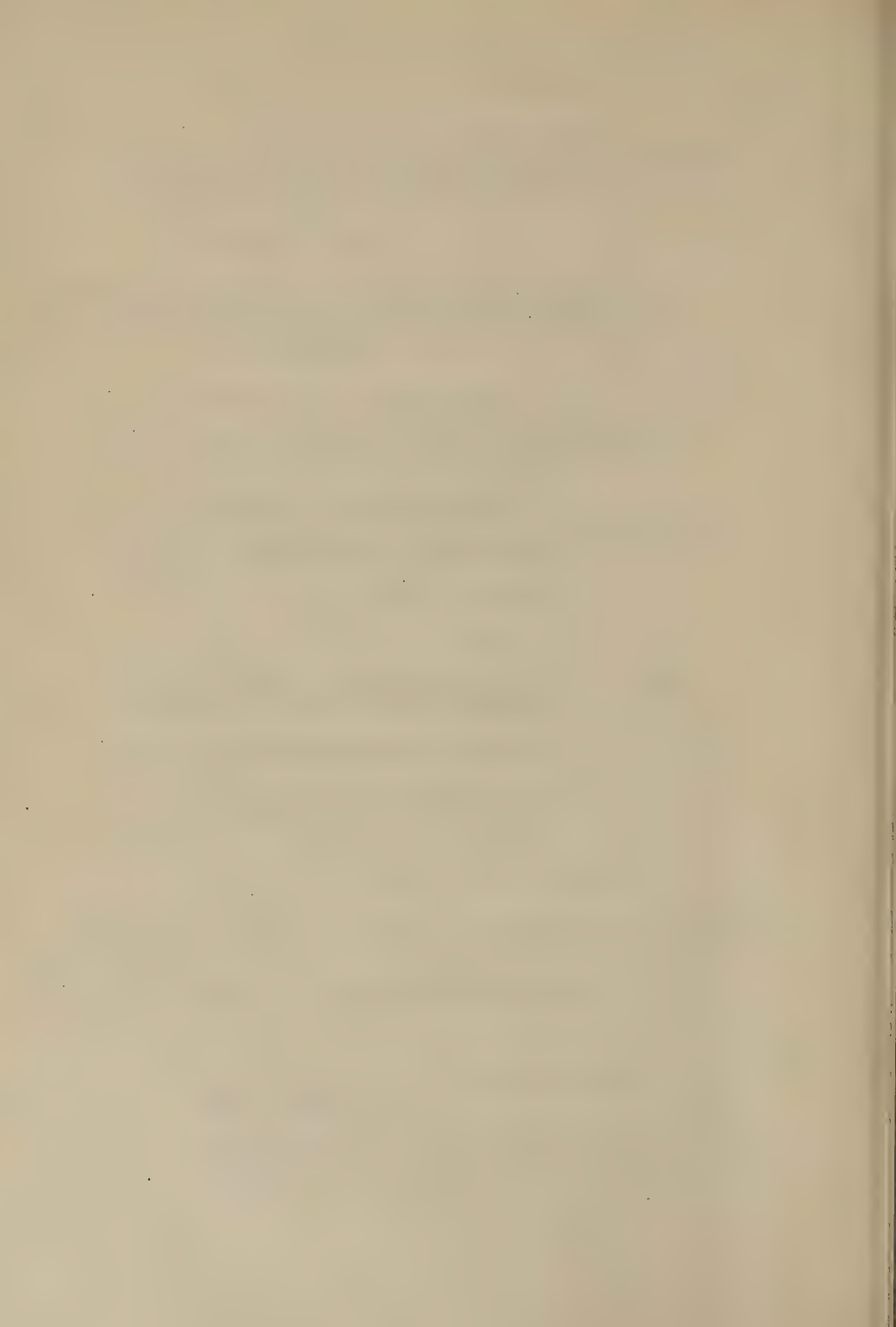
II. Möglichkeit der Übertragung an einen Nicht-Gesellschafter	58
1. Präsentation der Geschäftsführer	62
2. Präsentation des Aufsichtsrats	63
C. Präsentationsrecht und Anstellungsvertrag	66
D. Abberufungsrecht als Annex zum Präsentationsrecht?	69
I. Der Mitgesellschafter	75
1. Einflußnahme des Gesellschafters bezüglich der Abberufung	76
a) Bei Übertragung des alleinigen Widerrufsrechts	76
b) Wenn keine besondere Vereinbarung getroffen wird	77
2. Die Pflicht, die Abberufung vorzunehmen bzw. zu verlangen	77
II. Der Nichtgesellschafter	79
1. Möglichkeit der alleinigen Berechtigung	80
2. Abberufungsverlangen mit bindender Wirkung	81
E. Zusammenfassung	82
1. Übertragung eines Präsentationsrechts an einen Mitgesellschafter	84
2. Das Präsentationsrecht eines Nichtgesellschafters	86
3. Kapital <u>Fehlverhalten bezüglich der Bestellung ...</u>	89
A. Fehlverhalten auf Seiten des Berechtigten	90
I. Unterlassung der Präsentation	90

1. Befugnis der Gesellschafterversammlung zur Be-	
setzung der Stelle nach eigenem Ermessen	91
2. Gerichtliche Eingriffsbefugnisse	93
a) Bestimmung gem. § 315 II analog	93
b) Notbestellung durch das Gericht	96
c) Ergebnis	98
3. Mögliche Zwangsmaßnahmen gegen den Berechtigten ..	101
II. Ungeeignetheit des Präsentierten	103
1. Ablehnungsmöglichkeit durch Bestellungsorgan	104
2. Bestellung eines anderen nach eigenem Ermessen ..	108
III. Zusammenfassung	108
 B. Fehlverhalten auf Seiten der Verpflichteten.....	 111
I. Nichtbestellung des Präsentierten	111
1. Zwangsweise Durchsetzbarkeit	114
a) Im Wege der Leistungsklage mit Zwangs-	
vollstreckung	114
aa) Gegen wen richtet sich die Klage	115
bb) Vollstreckung der Klage	118
(1) gem. § 894 ZPO	119
(2) gem. §§ 887 u. 888 ZPO	120
b) Durch Vereinbarung einer neutralen Stelle ...	121
aa) Schiedsgericht.....	122
bb) Neutraler Dritter	122
2. Besondere Behelfsmöglichkeiten	125
a) Verdnbarung einer Vertragsstrafe	125
b) Schadensersatz	128
II. Bestellung eines anderen statt des Präsentierten	129
1. Wirksamkeit dieser Bestellung	129
2. Beseitigungsmöglichkeit des Bestellten	134
a) Anfechtungsklage gem. § 243 AktG analog	134
b) Feststellungsklage gem. § 256 ZPO	136
c) Allgemeine Leistungsklage	137
III. Zusammenfassung	140

4. Kapitel	<u>Fehlverhalten bezüglich der Abberufung</u>	143
A. Fehlverhalten des Berechtigten:		
	Nichtabberufung eines ungeeigneten Organwalters ..	143
I.	Abberufung ohne wichtigen Grund	144
1.	Soweit dem Berechtigten das Abberufungsrecht zusteht	146
2.	Soweit er nur die Abberufung bindend verlangen kann	149
II.	Abberufung aus wichtigem Grund	149
1.	Eigenes Abberufungsrecht der Gesellschafterversammlung trotz alleinigem Abberufungsrecht des Berechtigten	151
2.	Abberufung auch ohne Abberufungsverlangen	152
III.	Soweit ein Dritter Präsentationsberechtigter ist .	153
IV.	Zusammenfassung	155
B. Fehlverhalten der Verpflichteten		
I.	Abberufung ohne Wissen des Berechtigten	156
1.	Wirksamkeit der Abberufung	156
a)	ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes	158
b)	bei Vorliegen eines wichtigen Grundes	160
2.	Soweit der Berechtigte kein Gesellschafter ist....	161
II.	Abberufung gegen den erklärten Willen des Präsentationsberechtigten	161
1.	Möglichkeit der Abberufung	162
2.	Abberufung nur unter gleichzeitiger Einsetzung eines neuen Geschäftsführers	162

III. Verweigerung der Abberufung trotz Verlangen	163
IV. Zusammenfassung	165
2. Teil: <u>Unternehmensverfassungsrechtlicher</u> <u>Hauptteil</u>	168
5. Kapitel <u>Die Einwirkung der Mitbestimmung</u> auf das Präsentationsrecht	168
A. Die Organe Geschäftsführung und Aufsichtsrat in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen	169
I. Montan - Mitbestimmungsgesetz	169
II. Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz	171
III. Das Betriebsverfassungsgesetz	172
IV. Mitbestimmungsgesetz	173
B. Wer wird durch das Präsentationsrecht verpflichtet	
I. Bei einem Präsentationsrecht bezüglich der Geschäftsführung	176
1. Soweit nur der Aufsichtsrat die Geschäfts- führer bestellen darf	177
2. Soweit das ursprüngliche Wahlorgan die Ge- schäftsführer bestellt	181

II.	Bei einem Präsentationsrecht bezüglich des sichtsrats.....	104
1.	Anwendbarkeit des § 101 AktG	195
2.	Höchstzahl der mit einem Präsentations- recht zu belastenden Aufsichtsratssitze .	196
C.	Welches Präsentationsrecht ist bei welcher Mitbe- stimmungsregelung äußerstenfalls möglich	197
I.	Das Präsentationsrecht bezüglich eines oder mehrerer Geschäftsführer	199
1.	Im Montan - Mitbestimmungsgesetz	200
2.	Im Mitbestimmungsergänzungsgesetz	202
3.	Im Betriebsverfassungsgesetz	202
4.	Im Mitbestimmungsgesetz	203
II.	Das Präsentationsrecht bezüglich eines oder mehrerer Aufsichtsratsmitglieder ...	204
1.	Im Montan - Mitbestimmungsgesetz	206
2.	Im Mitbestimmungsergänzungsgesetz	209
3.	Im Betriebsverfassungsgesetz	210
4.	Im Mitbestimmungsgesetz	212
III.	Zusammenfassung: Wie greift die Mitbe- stimmung ein	213



- | | |
|-------------------|---|
| Aldag, Erich | Der Geschäftsanteil einer GmbH
unter besonderer Berücksichtigung
der Einzelrechte
Diss. Erlangen 1933 |
| Altvater, Wilhelm | Die Stimmrechtsbindung im Aktien-
recht
Diss. Rostock 1935 |
| Andreae, Karl | Das Stimmrecht in der Aktienge-
sellschaft
Diss. Köln 1930 |
| Baaden, Hans | Stimmrechtsbindungsverträge und
Stimmkauf
Diss. Köln 1933 |
| Bärmann, Johannes | Satzungsänderungen auf Grund des
Betriebsverfassungsgesetzes
BB 1953, S. 534 ff |
| Ballerstedt, Kurt | Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem
Betriebsverfassungsgesetz
GmbHRSch 1952, S. 177 ff

75 Jahre GmbHGesetz
GmbHRSch 1967, S. 66 ff |
| Baltzer, Johannes | Der Beschluß als rechtstechnisches
Mittel organschaftlicher Funktion
im Privatrecht
Köln und Berlin 1965 |
| Baltzer, Sigurd | Die gesellschaftliche Treuepflicht
im Recht der AG und GmbH
Diss. Freiburg 1967 |

- | | |
|---|---|
| Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter | Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen
36. Auflage
München 1978
zitiert: Baumbach-Lauterbach
(Bearbeiter) |
| Baumbach-Hueck | GmbH - Gesetz
13. Auflage
München 1970 |
| Bergmann, Artur | Die Einflußnahme öffentlicher
Körperschaften auf den Aufsichts-
rat
Marburg 1929 |
| Bergmann, Hans | Arbeitnehmersvertreter im Auf-
sichtsrat
NJW 1953, S. 81 ff |
| Blener, Herbert | Unternehmensverfassung
Eine Darstellung der Modelle
RdA 1971, S. 174 ff |
| Blümer, Dieter | Die Rechtsstellung der Arbeitnehmer-
vertreter im Aufsichtsrat nach dem
Betriebsverfassungsgesetz
Diss. Köln 1965 |
| Böhm-Briefs | Mitbestimmung - Ordnungselement oder
politischer Kompromiß
Herausgegeben von Böhm, Franz und
Briefs, Goetz, verschiedene Autoren
Stuttgart 1971 |
| Boesebeck, Ernst | "Satzungsdurchbrechung" im Recht der
AG und GmbH
NJW 1960, S. 2265 ff |

- Boesebeck, Ernst Das Weisungsrecht der Gesellschafter einer GmbH
GmbHRSch 1960, S. 118 ff
- Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären
NJW 1960 S. 7 ff
- Bötticher, Eduard Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht
Berlin 1964
- Boldt, Gerhard Bemerkungen zur Holding-Novelle Bergbau und Eisen
Die AG 1956, S. 88 ff
- Mitbestimmungsergänzungsgesetz München und Berlin 1957
zitiert: Boldt, MitbestergG
- Mitbestimmungsgesetz Kohle und Eisen München und Berlin 1952
zitiert: Boldt MitbestG
- Bondi, Felix Übertragung des Rechts zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an Dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen
In: Festgabe für Otto Liebmann
Berlin 1920
S. 278 ff
- Borrmann, Gero-Falk Die Beendigung der Geschäftsführerstellung in der GmbH
Diss. Köln 1972
- Brockmann, Lambertus Der Arbeitsdirektor im Montan-Mitbestimmungsrecht
Diss. Köln 1968

Brodmann, Erich

Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen
JW 1929, S. 615 ff

Gesetz betreffend die Gesellschaft
mit beschränkter Haftung
2. Auflage
Berlin und Leipzig 1930

Bunte, Klaus

Die Abschließung der Kapitalgesellschaft gegen Außenstehende in den Niederlanden, Deutschland und der Schweiz
Köln 1969

Claussen, Carsten P.

Das Recht der Aufsichtsratswahl im
Schnittpunkt der Fraktionen
Die AG 1971, S. 385 ff

Centrale für GmbH

Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co
Gutachterliche Stellungnahme der
Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt
zum Entwurf eines Gesetzes über die
Mitbestimmung der Arbeitnehmer im
Zusammenhang mit ihrer Eingabe vom
15.10.1974
GmbHRSch 1974, S. 273 ff

Dapprich, Gerhard

Das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ in den unter das Mitbestimmungsgesetz fallenden Gesellschaften
ZfB 93 (=1952), S. 254 ff

Deutler

Neue rechtspolitische Überlegungen
zum Recht der GmbH und der GmbH & Co
KG
GmbHRSch 1974, S. 145 ff

Dietz, Rolf

Der obligatorische Aufsichtsrat einer
Gesellschaft mit beschränkter Haftung
In: Festschrift für Heinrich Lehmann
zum 80. Geburtstag

Band II

Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956

S. 693 ff

zitiert: Dietz, Festschrift

Das wirtschaftliche Mitbestimmungs-
recht

Vortrag v. 7.2.1958

Karlsruhe 1958

zitiert: Dietz, Vortrag

Dietz, Rolf
Richardi, R.

Das Betriebsverfassungsgesetz mit
Wahlordnungen

5. Auflage

München 1973

Dietz, Wolf-Dietrich

Vertragliche Stimmrechtsbindung der
Aktionäre

Diss. Münster 1963

Dittrich, Renate

Die Beteiligung der Arbeitnehmer am
Aufsichtsrat und Vorstand der Ka-
pitalgesellschaften

Diss. Würzburg 1962

Doerfler, Wolfgang

Die rechtliche Stellung des Geschäfts-
führers der GmbH unter besonderer
Berücksichtigung des Mitbestimmungs-
rechts

Diss. München 1954

Dreyer, Fritz

Körperschaftliche Sonderrechte und
die Praxis des Reichsgerichts

Diss. Köln 1934

Ebben, Heinz A.

Die Einwirkung des Betriebsverfassungs-
gesetzes auf das GmbH-Recht

Diss. Köln 1956

- | | |
|---------------------------|--|
| Eder, Karl | Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers
GmbHRSch 1962, S. 22 ff |
| Erdmann, Gerhard | Das Betriebsverfassungsgesetz
vom 11. Oktober 1952
Neuwied 1952 |
| Erle, Horst | Die Vorschläge zur Wahl des Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz und nach dem Aktiengesetz
Die AG 1970, S. 31 ff |
| Elselt, Gerhard | Die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und die Interessenlage im Unternehmen
JZ 1957, S. 204 ff |
| Erman, Walter | Zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Stimmbindungsvertrag im Aktienrecht
Die AG 1959, S. 267 ff und 300 ff |
| v. Falkenhäusen, Bernhard | Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG u. GmbH)
Karlsruhe 1967 (= Diss. Köln 1965) |
| Feine, Hans Erich | Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Int Ehrenberg, Victor
Handbuch des gesamten Handelsrechts
3. Band III Abteilung
Leipzig 1929 |
| Fichtner, Dieter | Voraussetzungen der Bestellung eines Notgeschäftsführers bei der GmbH
BB 1964, S. 868 ff |

Fichtner, Dieter

Schwierigkeiten bei der Abberufung
eines GmbH-Gesellschafter-Geschäfts-
führers aus wichtigem Grunde
BB 62, S. 822 ff

Fischer, Robert

Die Grenzen bei der Ausübung gesell-
schaftlicher Mitgliedschaftsrechte
NJW 1954, S. 777 ff

Das Recht der OHG als ergänzende
Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz
GmbHRSch 1953 S. 131 ff

Die personalistische GmbH als rechts-
politisches Problem
In: Festschrift für Walter Schmidt
Berlin 1959
S. 117 ff

Das Recht der OHG als ergänzende
Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz
GmbHRSch 1953 S. 131 ff

Zulässigkeit und Wirkung von Ab-
stimmungsvereinbarungen
GmbHRSch 1953, S. 65 ff

Fragen aus dem Recht der GmbH
JZ 1956, S. 362 ff

Zur Methode revisionsrichterlicher
Rechtssprechung auf dem Gebiet des
Gesellschaftsrechts
In: Festschrift für Otto Kunze
Berlin 1969
S. 98 ff

Fitting, Karl

Das Gesetz über die Mitbestimmung im
Bergbau und in der Eisen und Stahl
erzeugenden Industrie
BABl 1951, S. 203 ff

- | | |
|---------------------|---|
| Fitting, Karl | Betriebsverfassungsgesetz |
| Auffarth, Fritz | 10. Auflage |
| Kaiser, Heinz | München 1972 |
|
 | |
| Fleck, Hans Joachim | Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers |
| | GmbHRSch 1970, S. 221 ff |
|
 | |
| Flume, Werner | Grundsatzfragen der Mitbestimmung |
| | DB 1952, S. 513 ff |
|
 | |
| Frantz, Walter | Bindung des Stimmrechts durch Vereinbarung |
| | Diss. Halle-Wittenberg 1932 |
|
 | |
| Freese, B. | Zur Bestellung eines Notgeschäftsführers der GmbH |
| | GmbHRSch 1961, S. 159 ff |
|
 | |
| Fröhlich, Wolfgang | Die Beteiligung der Arbeitnehmer im |
| Franke, Hermann | Aufsichtsrat nach dem Betriebsver- |
| Wagner, Helmuth | fassungsgesetz vom 11. Okt. 1952 |
| | Köln 1953 |
|
 | |
| Gadow | Die Sonderrechte der Körperschafts- |
| | mitglieder |
| | In: Gruchot's Beiträge zur Erläuterung |
| | des deutschen Rechts |
| | Band 66 (1923), S. 514 ff |
|
 | |
| Galperin, Hans | Kommentar zum Betriebsverfassungs- |
| Siebert, Wolfgang | gesetz |
| | 4. Auflage |
| | Heidelberg 1963 |
|
 | |
| Ganssmüller, Helmut | Unächte Satzungsbestandteile |
| | GmbHRSch 1963, S. 85 f |

Gessler, Ernst

Gutachten: Die Mitbestimmung in
Holdinggesellschaften des Bergbaus
und der Eisen und Stahl erzeugenden
Industrie
BB 1956 S. 625 ff

Probleme der GmbH-Reform
GmbHRSch 1966, S. 102 ff

Sicherung der Herrschaftsmacht bei
Übertragung von Geschäftsanteilen
GmbHRSch 1974, S. 202 ff

Gierke, Otto

Die Genossenschaftstheorie und die
deutsche Rechtssprechung
Berlin 1887

v. Godin

Klage auf Willenserklärung einer
Gesellschaft in Form eines Gesell-
schafterbeschlusses
Zeitschrift der Akademie f. deutsches
Recht
1943, S. 214

Gottschling, Helmut

Schutz der GmbH vor Überfremdung-
Die Gestaltung des Gesellschaftsver-
trags
GmbHRSch 1953, S. 20 ff

Greiffenhagen, Ulrich

Die Gesellschaft m.b.H. und ihr ob-
ligatorischer Aufsichtsrat im Span-
nungsfeld betriebsverfassungs- und
gesellschaftsrechtlicher Gesetzge-
bung nach der Aktienreform 1965
Diss. Köln 1967

Grimm, Helmut

Uneinheitliche Stimmrechtsausübung
und vertragliche Stimmrechtsbindung
im Aktienrecht
Diss. Köln 1959

- | | |
|----------------------|---|
| Groschuff, Hans | Reichsgesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
2. Auflage
Berlin 1943 |
| Grothus, Jost | Widersprechendes Handeln zweier alleinvertretungsberechtigter GmbH-Geschäftsführer
GmbHRSch 1958, S. 142 ff |
| Hachenburg, Max | Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
6. Auflage
1. Band Berlin 1956
2. Band Berlin 1959
Bearbeiter:
§§ 1 bis 19 und 35 bis 44 :Schilling
§§ 20 bis 34 und 45 bis 52: Schmidt |
| Habscheid | Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit
KTS 1964, S. 79 ff und
1966, S. 1 ff |
| Harde, Hans-Ernst | Die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH von der Geschäftsführung und Vertretung
Diss. Münster 1968 |
| Halberstadt, Gerhard | Ungereimtheiten im Mitbestimmungsrecht
Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
1965, S. 379 ff |
| Helm, Justus | Vorrang der Satzung gegenüber einer Geschäftsordnung des Aufsichtsrats
Die AG 1972 S. 229 f |

Henseler

Turnusmäßige Einbeziehung, von Er-
satzmitgliedern in den Aufsichtsrat
BB 1953 S. 506

Himmelsbach, Kurt W.

Die Anwendbarkeit der rechtsge-
schäftlichen Vorschriften auf die
Stimmabgabe in den Personen- und
Kapitalgesellschaften
Diss. Heidelberg 1972

Hoffmann, Dietrich

Probleme der GmbH und GmbH & Co.
nachdem Regierungsentwurf eines Mit-
bestimmungsgesetzes
GmbHRSch 1974, S. 73 ff

Hofmann, Paul

Der wichtige Grund für die Abberu-
fung von Aufsichtsratsmitgliedern
BB 1973, S. 1081 ff

Hueck, Alfred

Mitbestimmungsrecht und Aufsichtsrat
DB 1951, S. 166 f und 185 ff

Die Beteiligung der Arbeitnehmer am
AR nach dem BVG
DB 52, S. 781 ff

Der Aufsichtsrat der GmbH
DB 1953, S. 325 ff

Stimmbindungsverträge bei Personen-
handelsgesellschaften
In: Festschrift für Hans Carl
Nipperdey
Band I München und Berlin 1965
S. 403 ff

Inwieweit besteht eine gesellschaft-
liche Pflicht des Gesellschafters
einer Handelsgesellschaft zur Zu-
stimmung zu Gesellschafterbeschlüs-
sen
Zeitschrift f. Unternehmens- und Ge-
sellschaftsrecht 1972, S. 237 ff

Hueck, Alfred

Die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat
In: Hueck-Leibholz, 2 Vorträge zum Arbeitsrecht
München 1960 S. 7 ff

Immenga, Ulrich

Die personalistische Kapitalgesellschaft
Bad Homburg 1970

Entscheidungsunfähigkeit von Gesellschaftsorganen
GmbHRSch 71, 109 ff

Isay, Hermann

Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsvereinbarungen
LZ 1928, Sp 1295 ff

Janberg, Hans

Praktische Auswirkungen von Stimmrechtsbindungen
DB 1952, S. 96 f

Janberg, Hans
Schlaus, Wilhelm

Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht
Die AG 1968 S. 35 f

Jürgensen, Hans

Stimmbindungsverträge
Diss. Göttingen 1931

Jungs, Manfred

Der vereinsrechtliche Sonderrechtsbegriff und seine Bedeutung im Aktienrecht
Diss. Berlin 1968

Kirschner

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat
DB 1971, S. 2063 ff

Klassen, Ludwig

Der obligatorische Aufsichtsrat der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Betriebsverfassungsgesetz
Diss. Köln 1963

Klingelhöfer, Helmut

Welche Rechtsfolgen entstehen, wenn sich die Arbeitnehmer weigern, Vertreter für den Aufsichtsrat zu wählen bzw. wenn sie auf die Wahl verzichten?

RdA 1955, S. 95 ff

Knöpfel, Gottfried

Die Treupflicht im Recht der GmbH
Diss. München 1954

Kötter, Hans-Wilhelm

Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie

Berlin 1952

zitiert: Kötter, MitbestG

Mitbestimmungsergänzungsgesetz
(Holding-Novelle)

Berlin 1958

zitiert: Kötter MitbestergG

Die Bestellung des "elften" Mitglieds im künftigen Aufsichtsrat der Montangesellschaften
NJW 1951 S. 417 ff

Koller, Arnold

Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht
Freiburg (Schweiz) 1967

Kreifels, Max

Der Aufsichtsrat bei der GmbH
GmbHRSch 1955, S. 176 ff

Kühn, Manfred

Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihre Reform
-zugleich ein Beitrag zum Wesen der GmbH-
Hamburg, 1964

Küster, Werner

Inhalt und Grenzen der Rechte der
Gesellschafter, insbesondere des
Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht
Berlin 1954

Kunze, Otto

Die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung in den Montan-Obergesellschaften
AuR 1956, S. 225 ff und 257 ff

Kunze, Otto
Spieker, Wolfgang

Ersetzung ausscheidender Mitglieder des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft
BB 1958, S. 378 ff

Lang, Helmar

Der Einfluß der öffentlichen Hand auf gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften
Diss. Freiburg 1964

Lenk, Friedrich

Abstimmungsverpflichtungen bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Diss. Heidelberg 1935

Liebmann, J.
Saenger, A.

Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
7. Auflage
Berlin 1927

Limbach, Jutta

Theorie und Wirklichkeit der GmbH
Berlin 1966

Loewenheim, Ulrich

Zulässigkeit und Vollstreckbarkeit von Stimmbindungsvereinbarungen
JuS 1969, S. 260 ff

Loos, Gerold

Auswirkungen der Mitbestimmungsreform für die GmbH
DB 1974, S. 823 ff

Lilbert, Hartmut

Abstimmungsvereinbarungen in den
Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-
Staaten, der Schweiz und Groß-
Britanniens
Baden-Baden 1971

Martens, K-P.

Mehrheits- und Konzernherrschaft
in der personalistischen GmbH
Diss. Köln 1969

Mattel, Jörg

Verfassungsrechtliche Probleme
der Mitbestimmung unter besonderer
Berücksichtigung der Aktionärsrechte
und der Abgrenzung zwischen Sozial-
bindung und Enteignung
Diss. Würzburg 1972

Mertens, Hans-Günter

Die Stellung des Aufsichtsrats bei
der GmbH nach dem Mitbestimmungsge-
setz Bergbau und Eisen
Diss. Mannheim 1953

Mertens, H-J.

Anmerkung zu BGH JR 67, S.459
JR 67, S. 462 f

Die Verfassung der GmbH (Geschäfts-
führer-Gesellschafterversammlung-
Aufsichtsrat)

In: Probleme der GmbH-Reform
Köln 1970 S. 96 ff

zitiert: Mertens, Probleme der GmbH
Reform

Meulenbergh, Claus

Die rechtlichen Möglichkeiten der
Einflußnahme auf den Vorstand der
Aktiengesellschaft unter besonderer
Berücksichtigung des mitgliedschaft-
lichen Beteiligungsrechts
Diss. Münster 1969

Möhring, Philipp

Mitbestimmungsgesetz und Aktienrecht
MDR 1951, S. 513 ff

Molitor, Erich

Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen
In: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg zum 30. März 1926
Leipzig 1927

Müller-Erzbach, Rudolf

Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens
Weimar 1948

Müller, Gerhard

Lehmann, Rudolf

Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz
Bergbau und Eisen
Heidelberg 1952

Natzel, Benno

Beendigung des Aufsichtsratsamtes durch Widerruf und Abberufung
DB 1964, S. 1143 ff und 1180 ff

Das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Mitbestimmungsrechts
DB 1959 S. 174 ff und 201 ff

Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, insbesondere von Arbeitnehmervertretern

Die AG 1959, S. 93 ff

Nikisch, Arthur

Arbeitsrecht
3. Band: Betriebsverfassungsrecht
2. Auflage Tübingen 1966

- Nipperdey, H.C. Das satzungsmäßige Entsendungsrecht der GmbH-Gesellschafter und das Betriebsverfassungsgesetz
GmbHRSch 1953, S. 145 ff
- Oellrich, Kurt Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Kohlen- und Eisenbergbau nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 21. Mai 1951
ZfB 92, S. 236 ff
- Overrath, Hans-Peter Die Stimmrechtsbindung
Köln-Berlin-Bonn-Minden 1973
(Diss. Köln 1972)
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
37. Auflage
München 1978
zitiert: Palandt-Bearbeiter
- Paulick, Heinz Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung
Tübingen 1954
- Peters, Egbert Anmerkung zu BGH v. 29.5.67 = JR 68, 24
JZ 68, 27 f
Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen
AcP 156 1957, S. 311 ff
- Petersen, Jens Die personengesellschaftliche Struktur der GmbH
Diss. Kiel 1954
- Plander, Harro Zur Bestellung der Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH
GmbHRSch 1968, S. 197 ff

Robels, Hermann-Josef

Die Beteiligung der Arbeitnehmer am
Aufsichtsrat der Gesellschaften des
§ 77 Betriebsverfassungsgesetz
Diss. Köln 1966

Ronkel, Karl

Fedtke, Eberhard

Einzelfragen zur Ehegatten- und
Familien-GmbH
GmbHRSch 1958, S. 174

Rücker, Harald

Die Entziehung von Sonderrechten
eines GmbH-Gesellschafters wegen
mißbräuchlicher Rechtsausübung
(zugleich eine Untersuchung über
Rechtscharakter und Umfang der
gesellschaftlichen Treupflicht)
Diss. München 1969

v. Ruckteschell, Ingo

Der Arbeitsdirektor nach dem Montan-
Mitbestimmungsrecht und das System
des Aktienrechts
Diss. Kiel 1954

Schaudwet, Manfred
Paul, Günther

Die gegenseitige Treuebindung der
GmbH-Gesellschafter
GmbHRSch 1970 S. 5 ff

Schilling, Wolfgang

Regelung der Gesellschafternachsfolge
in der Satzung
GmbHRSch 1962, S. 206 f

Wandlungen des modernen Gesellschafts-
rechts
JZ 1953, S. 489 ff

Die Mitbestimmung im Lichte des Ge-
sellschaftsrechts
RdA 1954, S. 441 ff

Schmiedel, Burkhard

Arbeitnehmervertreter im Aufsichts-
rat durch Aktionärsbeschluss?
JZ 1963, S. 345 ff

Schmidt, Otto

Die GmbH in der Rechtssprechung der
deutschen Gerichte seit 1924
Köln 1932

Schmidt, Walter

Die Einwirkung des Betriebsverfas-
sungsgesetzes auf das Aktien- und
GmbH-Recht
NJW 1952, 1353

Schmulewitz, Maximilian

Die Verwaltungsaktie
Berlin 1927

Schneider, Uwe H.

Das Verhältnis vom obligatorischen
Aufsichtsrat und Beirat der GmbH
BB 1973, S. 1464 ff

Schnorr, Gerhard

Wechselwirkung zwischen Gesellschafts-
recht und Betriebsverfassungsgesetz
bei der Aufsichtsratswahl
AuR 1953, S. 33 ff und 65 ff

Schönle, Herbert

Ensslin, Joachim

Nochmals: Zur Abberufung eines Ge-
sellschafter-Geschäftsführers
gem. § 38 I GmbHG
GmbHRSch 1969, S. 103 ff

Scholz, Franz

Kommentar zum GmbH-Gesetz
5. mit einem Nachtrag versehene
Auflage
Bearbeiter des Nachtrags: Hefermehl
und Winter
Köln 1964

Die Rechte eines Minderheitsgesell-
schafters in der GmbH
GmbHRSch 1955, S. 36 ff

Scholz, Franz

Ausschließung und Austritt aus der
GmbH

3. Auflage Köln 1950

Schröder, Georg

Die Rechtssprechung des Bundesar-
beitsgerichts zur Beteiligung der
Arbeitnehmer in den gesellschaft-
lichen Organen.

In: Festschrift für Ernst Gessler
zum 65. Geburtstag
München 1971

Schulte, Hans

Zu den Gesichtspunkten des Bundes-
gerichtshofs bei der Fortbildung des
Gesellschaftsrechts

In: Festschrift für Harry Westermann
Karlsruhe 1974

Schultze, Alfred

Organschaftsrechte als Sonderrechte
in JHerJB 75 (=1925), S. 455 ff

Schwerdtfeger, Gunther

Mitbestimmung in privaten Unter-
nehmen

Berlin, New York 1973

zitiert: Schwerdtfeger, Mitbestim-
mung in privaten Unternehmen

Unternehmerische Mitbestimmung der
Arbeitnehmer und Grundgesetz
Frankfurt 1972

Spleker, Wolfgang

Der Aufsichtsrat der mitbestimmten
Montan-GmbH
Köln 1960

Mitbestimmung bei Eisen und Stahl
Das Mitbestimmungsgespräch 1973,
S. 155 ff

Spitzer, Robert

Stimmbindungsverträge im deutschen
und amerikanischen Recht
Diss. Würzburg 1934

Steuler, Norbert

Organe und Geschäftsführung bei der
Familien-GmbH
Diss. Frankfurt 1933

Sudhoff, Heinrich

Handbuch der Unternehmensnachfolge
München 1972

Rechte und Pflichten des Geschäftsfüh-
rers einer GmbH

7. Auflage

Köln 1972

zitiert: Sudhoff, GmbH-GF

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH

3. Auflage

München 1973

zitiert: Sudhoff, GV der GmbH

Anmerkung zu OLG Hamburg

GmbHRSch 1960, S. 186

Der Aufsichtsrat (Beirat) der GmbH
& Co.KG

GmbHRSch 1967, S.158 ff

Die Familien-GmbH

GmbHRSch 1973, S. 193 ff

Sudhoff, J.

Die Vertretung der Gemeinden in den
Organen wirtschaftlicher Unternehmen

Diss. Köln 1961

Teichmann, Arndt

Gestaltungsfreiheit in Gesellschafts-
verträgen

München 1970

Theisen, Erwin

Die Stimmbindungsverträge, insbeson-
dere ihre rechtlichen und praktischen
Wirkungen

Diss. Köln 1956

- | | |
|-----------------------|---|
| Thom, Oscar | Die Sondervereinbarungen einer Kapitalgesellschaft mit ihren Mitgliedern untereinander und ihre Einwirkung auf die Mitgliedschaft
Diss. München 1931 |
| Uhlenbruck, Dirk | Der Schutz von Familien-Aktiengesellschaften gegen das Eindringen unerwünschter Aktionäre
DB 1967, S. 1927 ff |
| Ulmschneider, Rudolf | Die Möglichkeiten einer statutarischen Einflußnahme Dritter auf die GmbH und die AG
Diss. Mannheim 1954 |
| unbekannter Verfasser | Gutachten: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
BB 1951, S. 337 ff |
| Vogel, Hermann | GmbH-Gesetz
2. Auflage
Berlin u. Frankfurt 1956 |
| Vogel, Peter Wilhelm | Die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 88 AktG
Diss. München 1939 |
| Vogel, Wolfgang | Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung
Köln 1968 |
| Wegener | Abstimmungsvereinbarungen der Gesellschaft
GmbHRSch 1951, S. 189 f |

Westermann, Harm Peter

Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften

Heidelberg - New York 1970

Westermann, Harry

Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens

In: Aktuelle Gesellschaftsprobleme und Grundfragen der EWG

Steuer und Recht, Band 5, S. 57 ff
Herne 1959

Wiedemann, Herbert

Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften

München und Berlin 1965

Wieland, Karl

Handelsrecht

2. Band: Kapitalgesellschaften

München und Leipzig 1931

Wilke, Gerhard

Stimmrechtsbindungsverträge bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Diss. Göttingen 1931

Wilke, Otto

Handbuch der GmbH

Eder, Karl

Loseblattsammlung

Berg, Karl

7. Lieferung

Gottschling, Helmut

Köln 1973

Gaul, Dieter

zitiert: Verfasser in Handbuch

Winkler, Karl

Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen

DNotz 1969, S. 394 ff

- | | |
|---|---|
| Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter | Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen
36. Auflage
München 1978
zitiert: Baumbach-Lauterbach
(Bearbeiter) |
| Baumbach-Hueck | GmbH - Gesetz
13. Auflage
München 1970 |
| Bergmann, Artur | Die Einflußnahme öffentlicher
Körperschaften auf den Aufsichts-
rat
Marburg 1929 |
| Bergmann, Hans | Arbeitnehmervertreter im Auf-
sichtsrat
NJW 1953, S. 81 ff |
| Biener, Herbert | Unternehmensverfassung
Eine Darstellung der Modelle
RdA 1971, S. 174 ff |
| Blümer, Dieter | Die Rechtsstellung der Arbeitnehmer-
vertreter im Aufsichtsrat nach dem
Betriebsverfassungsgesetz
Diss. Köln 1965 |
| Böhm-Briefs | Mitbestimmung - Ordnungselement oder
politischer Kompromiß
Herausgegeben von Böhm, Franz und
Briefs, Goetz, verschiedene Autoten
Stuttgart 1971 |
| Boesebeck, Ernst | "Satzungsdurchbrechung" im Recht der
AG und GmbH
NJW 1960, S. 2265 ff |

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	an angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE	Anteilseigner
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen ansonsten: Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AN	Arbeitnehmer
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
BABl	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BetrverfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
Bl f. SteuerR	Blätter für Steuerrecht, Sozialver- sicherung und Arbeitsrecht
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche-Notar-Zeitung
E-MitbestG	Entwurf eines Gesetzes über die Mit- bestimmung der Arbeitnehmer
Fn	Fußnote

GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschafter mit beschränkter Haftung
GmbHRsch	GmbH-Rundschau
GmbH-Rspr.	Die GmbH in der Rechtssprechung der deutschen Gerichte (Band I bis IV)
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
hM	herrschende Meinung
i. V.	in Verbindung
Jher JB	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhänder- und Schiedsgerichtswesen
Lit	Literatur
LZ	Leipziger Zeitschrift f. Deutsches Recht (Jahr/Spalte)
MDR	Monatsschrift für Deutsche Recht
MitbestergG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestGespr.	Das Mitbestimmungsgespräch
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit
Rdn	Randnummer, auch RZ (Randziffer)
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite, siehe
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche

Vor, Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAFDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
JZ	Juristenzeitung

1. Kapitel: Einleitung

A. Zielsetzung

Schon das Thema der Arbeit erscheint erläuterungsbedürftig:

Präsentationsrecht in der GmbH klingt zwar wie die Untersuchung eines allseits bekannten Rechtsinstituts herkömmlicher Form gesellschaftlichen Zusammenwirkens, was selbst schlagwortartig gebraucht aber nicht stimmt.

Der Begriff "Präsentationsrecht" wird zwar in gesellschaftsrechtlicher Literatur verwandt¹, jedoch dient er dort jeweils zur Erläuterung und wohl auch Präzisierung eines nur schemenhaft angedeuteten Rechtszustandes, meist bezügl. des Bestimmungsvorgangs des geschäftsführenden Organs bzw. einer der Organwalter.

Präsentationsrechte werden typischerweise entweder im Gesellschaftsvertrag einer KG oder einer GmbH vereinbart, von der Literatur auch dort, wenn überhaupt, angesprochen.

Es erscheint daher eine exemplarische Behandlung bei einer dieser Rechtsformen zunächst ausreichend, bei der GmbH besonders angebracht, da sie in die Mitbestimmungsregelungen mit eingeschlossen ist und bei ihr aus der Körperschaftsstruktur heraus eher Probleme auftauchen.

Damit sind schon zwei Grundeinteilungen der Arbeit angesprochen.

1. Es gilt die Stellung des Präsentationsrechts als -vorwegbemerkt- subjektiven Rechts innerhalb der Rechtsform der GmbH zu klären.
2. Im Anschluß daran ist auf die Besonderheiten einzugehen, die sich bei der GmbH durch

¹ auch die Rspr. bedient sich seiner neuerdings, s.z.B. BGH BB 67, 309 f

die diversen Mitbestimmungsregeln ergeben.

Daher erschien eine Einteilung in gesellschaftsrechtliche und unternehmensverfassungsrechtliche Aspekte geboten.

I. Die gesellschaftsrechtliche Seite

Bevor in Grundzügen eine Einengung und Abgrenzung des durch ein Präsentationsrecht geschaffenen Rechtszustandes und damit eine Erläuterung und ein Herantasten an das Recht selbst möglich ist, muß die Stellung der GmbH im Rechtssystem verdeutlicht werden.

1. Die Stellung der GmbH im Gesellschaftsrecht

In ihrer von den Gesetzgebern skizzierten Gestalt ist die GmbH eine Abart der AG, die in einer Reihe von Punkten weniger scharfen Vorschriften unterliegt.² Man kann sie auch als Mittelding zwischen Personengesellschaft und AG ansehen³, wenn man wie Fischer mehr Gewicht auf die Abdingbarkeit von Vorschriften des GmbH-Gesetzes⁴ in Richtung auf die Personenhandelsgesellschaften legt.⁵

Die GmbH ist juristische Person (§ 13 GmbHG), man rechnet sie, der Struktur der AG folgend, zu den Kapitalgesellschaften⁶. Dies be-

² so Hueck, ZGR 72, S. 252

³ ausdrückl. Fischer Festschrift für W. Schmidt S. 117; aber auch RGZ 80, 387 u. 81, 329 und Teichmann S. 90 f. m.w.N.

⁴ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 846). Im Folgenden nur noch GmbHG

⁵ Fischer GmbHRSch 53, 131

⁶ s. z.B. H. Westermann, S. 59; Kühn (Diss.) S. 12 m.w.N.; Immenga S. 18; Borrmann (Diss.) S. 6; Paulick S. 65

deutet kurz gesagt, daß die GmbH ein durch Satzung bestimmtes, festes Stammkapital hat, welches zum einen die Funktion der Garantieziffer für die Gläubiger darstellt und zum anderen durch die Einlage oder durch den Erwerb des durch die Einlagen entstandenen Gesellschaftsanteils die Mitgliedschaft vermittelt.⁷

Soweit dies als grobmaschige Einteilung noch in die Richtung auf eine Wesensgleichheit mit der AG deutet, hat die Rechtswirklichkeit unter Ausnutzung der vom Gesetzgeber offengelassenen Abweichungen vom gesetzlich normierten Grundtyp die Rechtsform ihrem jeweiligen Zweck "wie einen Maßanzug"⁸ angepaßt.

So weist die GmbH unter allen Gesellschaftsformen den wohl größten Reichtum an Spielarten auf⁹, wobei jedoch fast immer die personengesellschaftliche Struktur und möglichst enge Verbindung der Gesellschafter zur Gesellschaft Ziel der Ausgestaltung ist.¹⁰ Das wird durch verschiedene rechtstatsächliche Untersuchungen über die GmbH bewiesen.¹¹

Kann man bei der GmbH also feststellen, daß die Person des Gesellschafters eine weitaus größere Rolle spielt als bei der AG¹², so deu-

⁷ so H. Westermann aaO

⁸ H. Westermann aaO, S. 61

⁹ Ballerstedt, GmbHRsch 67, S. 68; sie kann AG ohne Aktien, KG ohne Komplementär u. OHG mit beschränkter Haftung sein. Winkler DNotZ 69, 399

¹⁰ H. Westermann aaO S. 72

¹¹ S. dazu auch die jüngste Veröffentlichung von Winter, GmbHRsch 69 S. 145 ff sowie die Berliner Umfrage von J. Limbach Die Ergebnisse der Umfrage des Bundesjustizministeriums von Gessler, GmbHRsch 66 S. 104 mitgeteilt bestätigen diese privaten Umfragen. Eine genaue Zusammenstellung aller rechtstatsächlichen Forschungen über die GmbH siehe bei Martens (Diss.) S. 29 ff

¹² so schon Altvater (Diss.) S. 49; s. auch in dem Sinne Martens aaO, S. 31

tet dieses Merkmal eher auf die Zuordnung zu den Personalgesellschaften hin.¹³

Unter dem Aspekt, daß bei einer Kapitalgesellschaft die Kapitalbeteiligung und bei der Personengesellschaft die Mitgliedschaft einer bestimmten Person im Vordergrund steht¹⁴, ist dies sicherlich richtig, jedoch hat, wie schon o.a. der Begriff "Kapitalgesellschaft" noch einen zusätzlichen Inhalt, so daß man die GmbH als Mischform¹⁵, als personalistische Kapitalgesellschaft¹⁶ oder u.U. als kapitalistische Personengesellschaft¹⁷ zu begreifen hat.

Eine der Konsequenzen in Richtung auf die Gestaltung des Gesellschaftslebens liegt in der, an die Person der Gesellschafter angepaßten Regelung der Geschäftsführung und der Überwachung der Geschäftsführung.

Als extreme Ausgestaltung in Richtung Personengesellschaft kann man insoweit die Abkehr von der Drittorganschaft und Vereinbarung der Selbstorganschaft ansehen. Das bedeutet, daß von der Möglichkeit zur Bestellung Dritter zu Geschäftsführern Abstand genommen wird zugunsten einer gesellschaftsrechtlich abgesicherten allein möglichen Bestellung von Gesellschaftern zu Geschäftsführern.¹⁸

Zwischen der gesetzlichen Regelung -Bestellung der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG)- und der o.a. abwei-

¹³ Gessler, GmbHRSch 66, S. 104

¹⁴ Gessler aaO

¹⁵ Paulick S. 66

¹⁶ Immenga S. 18

¹⁷ Kühn S. 36

¹⁸ Was auch bezügl. der Abberufung Konsequenzen in der Weise hat, daß u.U. nur eine Abberufung aus wichtigem Grund möglich ist. Siehe Immenga S. 93

chenden Regelung liegt ein weites Feld der Möglichkeiten, die Bestellung und Abberufung der Gesellschaftsorgane entsprechend der Gesellschaftsstruktur zu regeln. Eine dieser Möglichkeiten stellt das sog. Präsentationsrecht dar.

2. Standpunkt des Präsentationsrechts in der GmbH

- a) Als Grundsatz kann man davon ausgehen, daß das innergesellschaftliche Leben, die Zuständigkeiten und das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft, soweit überhaupt von den Gesellschaftern angeschnitten, in der Satzung geregelt werden.

Die Satzung, im GmbHG Gesellschaftsvertrag genannt, stellt als solche das Grundgesetz dar, nachdem die GmbH im Innenverhältnis zu leben verpflichtet ist¹⁹, treffend von Natzel²⁰ so formuliert:

"Die Satzung ist nichts anderes als die statutarische Verarbeitung der gesetzlichen Bestimmungen unter Berücksichtigung des für die Gesellschaft Notwendigen und rechtlich Zulässigen. Sie ergeht aufgrund der Privatautonomie der Körperschaft ..."

- aa) Daran anknüpfend sieht man sich im Gesellschaftsrecht oft der Situation ausgesetzt, daß entweder die Gründer oder einzelne dominierende Gesellschafter, bezüglich der Geschäftsführung, dem "Tor zur Beherrschung der Gesellschaft", ein weitgehendes

¹⁹ So noch die Formulierung von Hachenburg. 6. Aufl. § 2 Einl. S. 112; ebenfalls Müller-Erzbach S. 176 u. Heim AG 72, 230

²⁰ In DB 1959, S. 206

Mitsprache- und Zustimmungsrecht fordern, die Gesamtheit der Gesellschafter gewisse Rechte in der Beziehung aber nicht aus der Hand geben will²¹.

- bb) Zunehmend wird, von einer gewissen Größe der Gesellschaft ab, die Frage nach der gesetzlich beständigen Möglichkeit zur Einräumung eines weitgehenden Rechts zur Einflußnahme auf die Geschäftsführung in personeller Hinsicht zu stellen sein. Dies wird weniger von der Typenlehre²² als Eingrenzungsversuche allzuweiten Abweichens vom gesetzlichen Normalbild als von den diversen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen in Frage gestellt.

Es wird Gegenstand der Arbeit sein, das Präsentationsrecht daraufhin zu untersuchen, ob es nicht die weitestgehende Absicherung des gesellschaftlich Notwendigen unter Berücksichtigung des, vor allem im Hinblick auf die Mitbestimmung, rechtlich Zulässigen ist.

- b) Betrachtet man die herkömmlichen, in der Literatur am häufigsten aufgegriffenen Möglichkeiten zur Einflußnahme auf die personelle Besetzung von Organwalterstellen, so wird entweder ein Bestellungsrecht oder Abstimmungsvereinbarung vorgeschlagen.²³

²¹ Dafür, daß die Wahl oder Abberufung von Verwaltungsorganen eine weitgehende Einflußnahme auf die Geschäftsführung begründen, siehe auch Ulmschneider (Diss.) S. 5

²² Siehe dazu die grundlegenden Schriften von Teichmann u. H.P. Westermann (S. 8 f)

²³ Siehe dazu z.B. Sudhoff GmbH-GF S. 5; Baumbach-Hueck § 6 Anm. 3 A S. 47, Dietz, W.D. Diss. S. 7
Greifenhagen (Diss.) S. 80 FN 2

- aa) Beim Bestellungsrecht hat der Bestellende das Recht, kraft eigener Zuständigkeit ein Organmitglied zu bestellen, d.h., ihn in die Lage rechtsverbindlichen Handelns für die Gesellschaft zu versetzen. Dies kann nur statutarisch d.h. im Wege autonomer Rechtsetzung²⁴ gewalt so bestimmt werden.
- bb) Eine Abstimmungsvereinbarung betrifft das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, sie verpflichtet lediglich einen Gesellschafter in vorher vereinbarter Weise abzustimmen. Sie gibt einem Gesellschafter lediglich das Recht von einem anderen zu verlangen, für die Bestellung einer bestimmten Person zum Geschäftsführer zu stimmen.²⁴
- c) Genauso zwischen diesen beiden Möglichkeiten liegt das gesellschaftsvertraglich ausbedungene Recht, jemanden für das Bestellungsorgan verbindlich benennen zu können, ohne ihm damit bereits die Organeigenschaft zu verleihen. Dies wird meist mit dem Wort "Präsentationsrecht" bezeichnet, in dem Sinne, daß jemand "präsentiert" wird und dem Präsentierenden ein Recht auf dessen Bestellung²⁵ zusteht.

²⁴ Siehe z.B. Wilke (Diss.) S. 4

²⁵ So z.B. Steuler (Diss.) S. 4; Sudhoff aaO S. 5 und GV der GmbH S. 165; Wilke in Handbuch, Rdn. 159 S. 71; Sudhoff GmbHRSch 73, 194; Münter S. 75; Rade (Diss.) S. 64; n. 66; ferner deutlich Baumbach-Hueck § 6 Anm. 3 A S. 47 u. Hechenburg 6. Aufl. Rdn. S. 148 u. § 5 Anm. 41.

- d) Zusammenfassend ließe sich festhalten, daß das Präsentationsrecht zwischen die beiden Möglichkeiten Bestellungsrecht und Abstimmungsvereinbarung einzugruppieren ist.

3 Die wirtschaftliche Bedeutung des Präsentationsrechts

Geht man davon aus, was oben schon angedeutet wurde, daß ein privater Verband am wirksamsten zu beherrschen ist, wenn man die Wahl und Abberufung der geschäftsführenden Organe in seine Hand bringt²⁶, dann wird deutlich, daß ein Bestellungsrecht eines Gesellschafters, möglicherweise sogar eines Dritten, für die übrigen Mitgesellschafter eine erhebliche Machteinbuße und einen nicht zu unterschätzenden Risikofaktor darstellen.

Das Bestellungsrecht wird daher als ein beliebtes Anpassungsmittel²⁷ von einem vorsichtigen Mitgesellschafter nur äußerst widerstrebend vereinbart werden.

Da die Abstimmungsvereinbarungen wiederum als schuldrechtliche Abrede²⁸ unter den Gesellschaftern demgegenüber nur eine bedingte Sicherheit für den daran Berechtigten gibt, bietet in den Fällen der vorsichtigen Abwägung zwischen notwendiger Einflußnahme und äußersten Einflußaufgabe das Präsentationsrecht als bindendes satzungsmäßiges Vorschlagsrecht²⁹ den m.E. richtigen Mittelweg.

²⁶ ausdrückl. Müller-Erzbach S. 221 S. auch Ulmschneider (Diss.) S. 5

²⁷ wie H. Westermann es ausdrückt aaO S. 67

²⁸ dazu unten Teil B I noch nähere Ausführungen

²⁹ Lang (Diss.) S. 105 nennt dieses Recht auch ein oft verwendetes Mittel zur Einflußnahme, was er aber mittlerweile (bei der AG) für unzulässig hält.

Aus der Literatur begegnen uns vor allem zwei Fallgruppen, die eine Einflußnahme auf Vorstand und Aufsichtsrat von einer Seite her notwendig erscheinen lassen. Es sind dies die sog. Familiengesellschaften und die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.

- a) Bei den Familiengesellschaften³⁰ ist es vor allem folgende Situation die zur Vereinbarung eines Präsentationsrechts führt, bzw. führen kann:³¹
- aa) Die Gesellschafter zerfallen in zwei oder mehrere Familienstämme.
 - bb) Keiner der Stämme hat eine entscheidende Mehrheit und soll sie auch nicht bekommen.
 - cc) Alle Mitgesellschafter wollen
 1. möglichst gleichen Einfluß der Stämme³²
 2. eine Einflußnahme Fremder soll zwar verhindert werden, nicht aber deren Eintritt in die Gesellschaft.

Da die Familien-GmbH oft durchaus eine Tätigkeitsgemeinschaft ist und die Gesellschafter ihren Lebensunterhalt durch Mitarbeit verdienen³³, ist eine Anpassung der Geschäftsführerwahl an die jeweils besondere Situation er-

³⁰ genaue Definition bei Wittek (Diss.) S. 16

³¹ Das Folgende ist nur eine kurze Darstellung der Anwendungsgebiete des Präsentationsrechts und zwar soweit dies in der Lit. so oder ähnlich schon angesprochen wurde. Sie soll nur in etwa den groben Rahmen der Anwendungsgebiete schaffen u. Situationen schildern, in denen es angebracht sein mag, ein Präsentationsrecht zu vereinbaren. Siehe zu Folgendem in etwa Zluhan, AcP 128, S. 66 u. 81; Sudhoff, GV der GmbH S. 56; ders. Unternehmensnachfolge, Wittek (Diss.) S. 36 f u. 39; Wilke (Diss.) S. 4; Ronkel-Fedtke, GmbH-Rsch 68 S. 27 f; Rosiny GmbH-Rsch 58, 174 f, Gessler GmbH-R 74, 202 ff

³² Sudhoff aaO weist hier darauf hin, daß ein möglichst gleicher Einfluß auf Geschäftsführung u. evtl. Aufsichtsrat nötig ist, um den Frieden zu wahren. In dem Sinne auch Wittek aaO

³³ Steuler (Diss.) S. 2 u. Wittek S. 21

forderlich³⁴. Soll jeder Gesellschafter oder jede Gesellschaftergruppe³⁵ gleichviel Einfluß haben, ohne den Einfluß für die GmbH zur Gefahr werden zu lassen, bietet sich ein Präsentationsrecht geradezu an.

1. Der Vorteil gegenüber einer Abstimmungsvereinbarung liegt in der Bindung, die sich gegen alle Gesellschafter richtet und nicht nur auf den Vertragspartner bezogen ist
2. Gegenüber dem Recht auf Bestellung ist das Präsentationsrecht ein Minus, es erlaubt nicht, einen völlig Untauglichen zum Geschäftsführer zu bestellen und bewahrt daher die Gesellschaft vor diesem Risiko
3. Zudem bindet ein Präsentationsrecht auch etwa neu aufzunehmende Gesellschafter, stellt aber nicht einen solchen Abschließungseffekt dar, wie das Bestellungsrecht, das ein großes Hemmnis bei der Abtretung eines Geschäftsanteils darstellen dürfte.

b) Die Situation bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist eine andere ³⁶

³⁴ Wittek S. 3 zieht diesen Schluß, um die Familiengesellschaft nicht zu einer "karikaturistischen Mischbildung" (so Wieland II S. 289) werden zu lassen.

³⁵ Individualrechte können auch als Gruppenrechte organisiert sein; siehe z.B. Liebmann-Sänger § 45 Anm. 4 S. 240 f. Dabei kann aber auch der Weg eingeschlagen werden, Vertretern einzelner Gruppen (Stammesvertreter) bestimmte Rechte zu verleihen, was u.U. effektiver ist; W. Vogel S. 6

³⁶ Auch hierzu gibt es viel Literatur; z.B. die Diss. von J. Sudhoff, Bondi Festschr. S. 279, Wilke (Diss.) S. 6; H. Westermann S. 67

- aa) Eine öffentliche Selbstverwaltungskörperschaft, eine Gemeinde oder ein Kommunalverband, ist Eigentümer eines oder mehrerer Anteile an einem Energieversorgungsunternehmen.
- bb) Wegen der großen Wichtigkeit der pünktlichen und ausreichenden Versorgung der Bevölkerung auf diesem Gebiet muß die öffentliche Körperschaft einen weitestgehenden Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen.
- cc) Diesen Einfluß, den die Kommune bzw. der Verband anstreben, muß auf dem Gebiet der personellen Zusammensetzung der Geschäftsführung und der Überwachung der Geschäftsführung liegen, um eine möglichst große Sicherheit durch möglichst großen Einfluß auf die Leitung des Unternehmens zu haben.

Dieselbe Problematik, nur in verschärfter Form taucht auf, wenn die Kommune überhaupt nicht an dem Energieversorgungsunternehmen beteiligt ist.³⁷ Auch dann gilt es, ihr einen größtmöglichen Einfluß einzuräumen, ohne den Gesellschaftern, die an einer möglichst wirtschaftlichen Leitung interessiert sind, eine Einflußmöglichkeit völlig zu nehmen. Hier gelten die schon zu a) angestellten Überlegungen, daß es für einen Einfluß der Kommune durchaus genügt, ihr ein bindendes Vorschlagsrecht einzuräumen.³⁸

Dies gilt auch vor allem bei der Fallkonstellation, daß die Selbstverwaltungskörperschaft selbst nicht Gesellschafterin ist, eine Ver-

³⁷ Siehe Bondi aaO

³⁸ Siehe Bondi aaO

einbarung einer weitreichenden Bestellungs-
möglichkeit, u.U. gar nicht möglich ist.

- c) Durch Einführung der Mitbestimmung taucht als ein möglicher dritter Anwendungskomplex folgende Situation auf:
 - aa) Eine GmbH unterliegt der Mitbestimmungsregelung der §§ 76, 77 BetrVerfG '52³⁹, d.h., es ist ein Aufsichtsrat zu bilden und davon sind ein Drittel der Sitze den Arbeitnehmern vorbehalten.⁴⁰
 - bb) Das Unternehmen wünscht eine höhere Arbeitnehmerbeteiligung.
 - cc) Ein satzungsmäßiges Bestellungsrecht^{40a} über die Drittel-Beteiligung hinaus stößt aber allgemein auf Ablehnung.⁴¹

In dieser Situation wird, soweit Literaturangaben hierüber vorhanden sind, der Stimmbindungsvertrag allgemein als einziger Ausweg angesehen⁴², als Beispiel aus der jüngsten Praxis sei dazu das sog. "Duisburger" aber auch das "Kieler Modell"⁴³ der paritätischen Mitbestimmung herangezogen. Das Präsentationsrecht würde hier eine -wohl zulässige- allseits gewünschte stärkere Bindung herbei-

³⁹ Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Jan. 1952
BGBl I. S.17, jetzt über § 129 BetrVerfG '72
weitergeltend

⁴⁰ Siehe dazu auch noch unten II und 5. Kap.

^{40a} Im Urteil des BGH vom 3.7.1975, DB 1975 S.1548ff wurde die Wirksamkeit eines satzungsmäßigen Rechts ausdrücklich offengelassen; bejaht wurde lediglich die Möglichkeit, durch freiwillige Wahl eines AN-Vertreters durch die AE eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrates herbeizuführen.

⁴¹ Siehe dazu z.B. Claussen, AG 71, 385f; Schmiedel Jz 73, 346 u. die Diss. v. Wössner zu diesem Thema (u.a. S. 78f); aa für die GmbH jetzt Raiser ZGR 76, 108

⁴² Ausdrücklich z.B. Claussen u. Schmiedel aaO

⁴³ Schmiedel aaO S. 347f; Wössner S. 79 f

führen ohne mit den Argumenten, die gegen ein Bestellungsrecht sprechen, zu kollidieren.

- d) Aus diesen nur schwerpunktmäßig angedeuteten Fallgruppen läßt sich für die Bedeutung und Anwendbarkeit des Präsentationsrechts folgender Schluß ziehen:

Das Präsentationsrecht ist ein Mittel zur Einflußnahme auf die personelle Besetzung von Gesellschaftsämtern durch die reine Delegation des Auswahlrechts.

Daher führt es nach innen gesehen zu einer Machtausweitung des oder der Berechtigten, nach außen hin zu einer gewissen Abschließung der GmbH⁴⁴, indem es die Einflußnahme Fremder auf die Organe auf ein Minimum reduziert.

Vor allem die Einflußnahme auf die Personalentscheidung stand -und steht wohl noch- im Mittelpunkt des Interesses, wie einige Beispiele von Gesellschaftsverträgen aus der Praxis der Gerichte zeigen.

4. Beispiele aus der Praxis

Leider finden wir in der Rechtsprechung und Literatur selten praktische Beispiele für ein Präsentationsrecht. Das mag wohl auf die bisher nicht einheitliche Behandlung zurückzuführen sein, zum anderen liegt es aber wohl auch an der zunehmenden Vereinbarung von Schiedsgerichten bei

⁴⁴ Die Abschließung der GmbH, die entweder das Eindringen Fremder überhaupt verhindert oder den Gesellschaftern entscheidenden Einfluß dabei vorbehält (Gottschling GmbHRSch 53, 20) ist m.E. ohnehin ein viel zu radikales Mittel, das nur für eine zeitweilige wirkliche Abschließung sorgt. Bei einem normalerweise großen Kapitalbedarf u. der durch Todesfall herbeigeführten Fluktuation läßt sich der Sinn der Abschließung nämlich Herr im eigenen Hause zu sein, und das Bedürfnis einer breiten Eigenkapitalsbasis entgegen den herkömmlichen Abschließungsmitteln (vgl. Bunte S. 98 ff) genauso gut durch Vereinbarung

Streitigkeiten betreffend die gesellschaftliche Mitgliedschaft. Gute Beispiele für Präsentationsrechte gelangen daher selten zu Obergerichten, werden auch deshalb in der Literatur kaum angesprochen.

- a) Aus der älteren Literatur bringt Baaden⁴⁵ einige Beispiele aus den dreißiger Jahren. Interessante Darstellungen finden sich auch bei Steuler, der ohne Beispiele zu nennen, das Präsentationsrecht unter dem Aspekt der Familien-GmbH anspricht⁴⁶, sowie bei Wieland, der das Präsentationsrecht kurz, aber recht gut behandelt.⁴⁷ Er nennt es Präsentationsrecht bzw. Delegationsrecht "im Sinne eines unverbindlichen Vorschlagsrechts"⁴⁸
- b) Aus der Rspr. sind erwähnenswert die Entscheidungen RGZ 165, 68 ff und 170, 358 ff.^{49, 50}
- aa) Im Tatbestand RGZ 165, 68 ff war die Auslegung folgender Satzungsklausel umstritten:⁵¹

"Ein Gesellschafter, welcher auf seinen Namen mindestens 25% des Gesellschaftskapitals besitzt, ist berechtigt, eine Stelle im Aufsichtsrat zu beanspruchen..."

⁴⁴ eines Präsentationsrechts schaffen, verbunden mit dem -noch zu belegenden-Vorteil, dem eintretenden Dritten eine gewisse Kontrollbefugnis zu überlassen.

⁴⁵ siehe die Diss. von Baaden S. 11, vorher schon in einem Aufsatz Isay, LZ 28, 1297f. Er bringt dort ein praktisches Beispiel für ein Präsentationsrecht

⁴⁶ siehe die Diss. von Steuler von 1933

⁴⁷ Wieland S. 155 ff

⁴⁸ S. 160 f; inkonsequenter Weise hält er sie dann kurz darauf aber für "rechtlich nicht belanglos" und zieht auch rechtliche Schlußfolgerungen daraus, die allerdings zutreffend sind.

⁴⁹ In diesem Zusammenhang interessiert besonders S. 359f. Untypisch das Beispiel im RGZ 57, 205ff, hier geht aus der Satzung nicht klar hervor, ob es sich um ein Präsentations"recht" handelt.

⁵⁰ so auch Peters, AcP 156, 314

⁵¹ S. 69 f

Während das Berufungsgericht (OLG Celle) diese Bestimmung für eine Stimmrechtsbeschränkung hielt, die entgegen der Klausel abgegebene Stimme als satzungswidrig und den Beschluß deshalb als anfechtbar ansah, also im Ergebnis für ein Präsentationsrecht hielt, meinte das RG es als Bestellungsrecht auslegen zu müssen.⁵²

- bb) Im Tatbestand ROZ 170, 358 ff ging es kurz gesagt darum, daß der qualifizierte Sohn eines verstorbenen Gesellschafters und Geschäftsführers einer GmbH das in der Satzung verankerte Recht hatte, als Gesellschafter Nachfolger seines Vaters in der Geschäftsführung zu werden.⁵³ Die eigentliche Bestellung zum Geschäftsführer sollte erst durch die Gesellschafterversammlung erfolgen.

Das RG hat hier, wie vorher auch, das Vorliegen eines Präsentationsrechts verkannt, es hat dies wie eine Stimmbindung behandelt, was v. Godin⁵⁴ zu Recht kritisiert.

⁵² S.70 ff; interessant auch das hilfweise Vorbringen der Klägerin (S.72). Die m.E. wesentlich richtigere Begründung des OLG Celle S.72 f und im Verlauf der Entscheidung. Das RG klammert sich m.E. allzu stark an die bekannte Form des Bestellungsrechts, ohne allerdings die Unterschiede völlig zu verkennen. Die Ausführungen auf S.74 zeigen, daß der Unterschied vom RG gesehen wurde, aber nicht als vorteilhaft anerkannt wurden.

⁵³ Dies ist zwar nicht der typische Fall des Präsentationsrechts. In diesem speziellen Fall hat derjenige, der das Recht auf Bestellung hat, nur das Recht sich selbst als Geschäftsführer bestellen zu lassen. Die Auswahlkompetenz ist nicht mehr gegeben, er kann nur noch sich selbst vorschlagen. Dennoch kann der Fall hier auch als Beispiel dienen, da er dieselben Probleme aufwirft und in dieselbe Kategorie hineingehört. So auch Peters aaO. Es wird sich unten (B) zeigen, daß dieser Fall auch unter die Definition des Präsentationsrechts paßt.

⁵⁴ v. Godin, ZAFdR 1943, 214

- cc) Aus dem Jahre 1926 liegt noch keine Entscheidung des OLG Karlsruhe vor⁵⁵, die sich mit folgendem Sachverhalt befaßt:
- Bei einer ursprünglich aus zwei Gesellschaftern, A und B, bestehenden GmbH war als Nachfolger des A in der Geschäftsführung nach dessen Ausscheiden der Enkel D des A auf sein oder seiner Erben Wunsch als Geschäftsführer zu bestellen. Als D die übrigen satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt und die Erben des A seine Bestellung verlangten, weigerten sich die Erben des B, die Stimme für B abzugeben, so daß dieser nicht Geschäftsführer wurde.
- Hier hat das OLG richtig das Vorliegen einer Verpflichtung der Gesellschaft als solcher bejaht und diese verurteilt, den D als Geschäftsführer zu bestellen.⁵⁶
- c) In jüngerer Zeit finden wir, ohne daß der Ausdruck "Präsentationsrecht" für diese Form der Einflußnahme auf Personalentscheidungen zu gebrauchen⁵⁷, bei Peters⁵⁸ zum ersten Mal eine gründlichere Abhandlung vor. Für ihn stellt sich dieses Recht als eine der Formen gesellschaftsvertragliche Stimmrechtsbindung dar.

⁵⁵ Veröffentlicht in GmbHRSpr. IV, § 38 Nr. 4 und GmbHRSch 1927, 435.

⁵⁶ Nicht ersichtlich ist allerdings, wie das OLG sich den körperschaftlichen Akt der Bestellung vorstellt, wenn es ausdrücklich die Bestellung gem. § 46 Nr. 5 ablehnt. Als Konsequenz dieser unerfindlichen Ansicht wäre, mangels besonderen Bestellungsorgans, keiner in der Lage die Willenserklärung für die GmbH als Organ abzugeben. Die Geschäftsführereigenschaft des D gem. § 8 der Satzung dieser GmbH könnte dann nur noch durch Klage und Vollstreckung gem. § 894 ZPO hergestellt werden, dies wäre der einzige Weg auf dem die Gesellschaft die erforderliche Willenserklärung noch abgeben könnte.

⁵⁷ Gebraucht wird die Bezeichnung z.B. vom BGH, Wilke und Eder, Sudhoff und Gessler

⁵⁸ Peters, AcP 156 (= 1957) S. 311 ff: Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen.

d) Aus der neueren Rechtssprechung sind zwei BGH-Urteile zu nennen.

aa) Der Tatbestand des Urteils vom 27.11.66⁵⁹ betraf zwar die Rechtsform der KG, was hier aber gleichgültig ist.

Ein. aus dieser KG ausscheidender oder von der Geschäftsführung abtretender Gesellschafter hat kraft Gesellschaftsvertrag das Recht zu verlangen, daß männl. Abkömmlinge über 27 Jahre in die Gesellschaft aufgenommen und daß ihnen auch "sofern sie die entsprechende Eignung und Vorbildung besitzen, auch die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht übertragen wird."

Vor allem bezügl. des Rechts, die Übertragung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht auf einen von einem Gesellschafter ausgewählten Sohn verlangen zu können, spricht hier der BGH selbst davon, daß dieses nicht als ein Optionsrecht, sondern als ein sog. "Präsentationsrecht" betrachtet werden müsse.⁶⁰

bb) Die jüngste Entscheidung ist vom 4.10.1973⁶¹ und enthält folgenden Tatbestand.⁶²

In einer GmbH, bestehend aus zwei Gesellschafterstämmen, hat jeder Stamm einen Anspruch darauf, durch einen Geschäftsführer in der Gesellschaft vertreten zu sein. Das Bestimmungsrecht des jeweiligen Nachfolgers in die Geschäftsführerposition "steht dem derzeitig geschäftsführenden Gesellschafter jedem für sich ohne Mitwirkung des anderen Teils zu."⁶³

⁵⁹ Mitgeteilt in BB 67. 309 f

⁶⁰ aaO S. 309

⁶¹ Mitgeteilt in WM 73. 1295 ff

⁶² aaO S. 1295

⁶³ BGH aaO

Hier ging der BGH nicht von einem Präsentationsrecht aus, obwohl in der Satzung das Bestellungsrecht, allerdings undeutlich formuliert der Gesellschafterversammlung zustand, im Gesellschaftsvertrag jedenfalls eindeutig zwischen Bestimmungs- und Bestellungsrecht unterschieden⁶⁴. Vielmehr soll den Geschäftsführern nach seiner Ansicht - und damit für die Rechtsprechung "problemloser" - auch das Bestellungsrecht zugestanden haben.⁶⁵

- e) Faßt man die hier nur skizziert aufgeführten Beispiele und die Literatur zusammen, so fällt auf, daß es sich, wenn die Frage des Präsentationsrechts auftaucht, immer um den Bereich Geschäftsführung handelt⁶⁶. Das läßt darauf schließen, daß in der Praxis gerade in diesen Bereichen Präsentationsrechte vereinbart werden.

5. Beschränkung der Bearbeitung

In der Konsequenz des eben Gesagten erscheint es daher angebracht, auch diese Arbeit zu beschränken. Zumal die grundlegenden Probleme, die bei der Betrachtung von Geschäftsführung und dem Überwachungsorgan Aufsichtsrat auch für andere Organe gelten.

a) Geschäftsführung

Ein Präsentationsrecht bezüglich einer Geschäftsführerstelle dürfte, jedenfalls für die nicht mitbestimmte GmbH, in der Praxis am häufigsten vorkommen. Die Position des Geschäfts-

⁶⁴ Wie es der BGH aaO S. 1296 selbst ausdrückt.

⁶⁵ Die Ausführungen dieser Arbeit werden den BGH, ohne daß dies im Einzelnen noch einmal angesprochen wurde, widerlegen.

⁶⁶ Das zeigt die jüngste Veröffentlichung von Gessler, GmbHRSch 74, 202 ff

führers als das zentrale, die Geschäftspolitik der Gesellschaft beherrschende Organ ist als Ziel einer verstärkten Einflußnahme am besten geeignet.

b) Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat stellt demgegenüber eine andere, eher "indirekte" Art der Einflußnahme auf den Gang des Unternehmens dar. Jedenfalls in einem Teil der von einem der nunmehr vier verschiedenen Mitbestimmungsregelungen erfaßten Gesellschaften ist er aufgrund der gesetzlichen Regelungen zu dem Organ mit dem stärksten Machtzuwachs geworden. Der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH erlangte insgesamt eine nicht zu unterschätzende zentrale Stellung im Unternehmen, die Einflußnahme auf ihn ist ein ähnlich begehrtes Ziel wie die Einflußnahme auf die Geschäftsführung.

Andere Organe, etwa die Liquidatoren oder ein neben einem Aufsichtsrat noch bestehender Beirat etc. treten entweder nur in einem bestimmten Stadium in der Gesellschaft auf oder haben einen wesentlich geringen Einfluß.

Die allgemeinen Probleme ergeben sich aber auch dort, u.U. auch noch ein oder zwei zusätzlich. Das aber läßt eine Ausweitung -und damit Verzettelung- der Arbeit auch darauf nicht sinnvoll erscheinen.

Von einer Behandlung der Situation, daß jemandem ein Recht zusteht, bindend zu verlangen, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden,⁶⁷ bzw. andere in die Gesellschaft aufzunehmen, wurde hier abgesehen. Zum einen treten auch dort die gleichen grundlegenden Probleme auf, welche nicht anders zu lösen

⁶⁷ Der Name spielt keine Rolle, er kann auch Beirat, Familienbeirat, etc. heißen

⁶⁸ In der Lit. wird z.T. (z.B. BGH BB 67, 309) dies auch noch unter dem Begriff "Präsentationsrecht" gefaßt, vor allem weil es fast immer mit einem Benennungsrecht der Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsmitglieder zusammen vereinbart wird. Siehe auch Sudhoff, Unternehmensnachfolge.

sind, zum anderen soll eine Ausuferung des Begriffs "Präsentationsrecht" verhindert werden.

Einen neuen Gesellschafter aufzunehmen, ist ein völlig anderer Vorgang, als einen Organwalter zu bestellen, auch wenn unter diesem Aspekt die selben Fragen mit den selben Lösungsmöglichkeiten entstehen. Will man das Wort "Präsentationsrecht" nicht zu einem unklaren, unscharfen Ausdruck werden lassen, sondern ihm ein ähnlich klares Gepräge geben, wie es z.B. bei dem Begriff "Bestellungsrecht" der Fall ist, so muß man sich für einen Vorgang - Benennung eines Organwalters oder neuen Gesellschafters - entscheiden. Mit Hinweis auf die Praxis wird die hier getroffene Entscheidung validiert, es werden keine Probleme angeschnitten, eine Lösung auch für die hier nicht behandelte Situation ergibt sich inzidenter.

II. Die unternehmensverfassungsrechtliche Seite

Wie schon angedeutet wurde, hat das Präsentationsrecht nicht nur für die "normale" GmbH eine Bedeutung, sondern auch für die größere, mitbestimmte GmbH kann es, allerdings unter anderem Vorzeichen Bedeutung erlangen.

Durch die Mitbestimmung ist ein Unternehmensverfassungsrecht entstanden⁶⁹, das die Verfassung der Gesellschaften, die ihr unterliegen, interessenpluralistisch⁷⁰ im Hinblick auf Arbeitnehmer-/Anteilseigner-Position gestaltet.

Daher erscheint es angebracht, den Begriff Gesellschaftsrecht nur auf das Verhältnis der Ka-

⁶⁹ so Eiselt JZ 57, 204

⁷⁰ Kunze-Spicker, BB 68, 382

pitaleigner untereinander -Situation der nichtmitbestimmten GmbH- zu verwenden.⁷¹

Sieht man in der Mitbestimmung einen tiefgreifenden Umbau des Unternehmens⁷² und des ihm zugeordneten Rechtskreises, so kann man durchaus zu dem Schluß gelangen, daß die Satzung nicht mehr die Verfassung der Gesellschaft alleine ist, sondern nur noch ein Teilaspekt, eine Teilordnung.⁷³

Gerade in den Punkten der Organbestellung sind die Machtfunktionen entscheidend geändert worden, der Aspekt "Unternehmensverfassungsrecht" hat also nicht nur die Frage der gesellschaftsrechtlichen, sondern auch die der mitbestimmungsrechtlichen Zulässigkeit zu berücksichtigen.

In Beziehung auf das Unternehmensverfassungsrecht ergeben sich mehrere Probleme zusätzlich zu den gesellschaftsrechtlichen. Hier wird die Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung eines Präsentationsrechts, jeweils für die Geschäftsführung und Aufsichtsrat getrennt, unter mitbestimmungsrechtlichen Fragen im Vordergrund stehen.

Von den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen stellt das Montan-Mitbestimmungsgesetz (M-MitbestG)⁷⁴ für diese Arbeit die interessanteste dar. Nicht weil diese Regelung besonders viele Unternehmen anspricht oder besonders weitreichende Bedeutung hätte, sondern weil im Montan-MitbestG ein "gesetzliches" Präsentationsrecht vorgesehen ist.

⁷¹ Darin ist Eiselt aaO. mds. zuzustimmen

⁷² so Dietz, Vortrag 1958, S. 11

⁷³ Kunze-Spleker aaO. Es erscheint mir allerdings zweifelhaft, ob das nicht eine überspitzte, von der Mitbestimmung gerade nicht gewollte Ansicht ist

⁷⁴ Hier abgekürzt: MitbestG; steht für: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten u. Vorständen der Unternehmen des Bergbaus u. der Eisen- und Stahlerzeugenden Industrie; vom 21. Mai 1951 (BGBl. I S. 347) Abkürzung im Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer: Montan-Mitbestimmungsgesetz

Angelpunkte sind die Vorschriften § 6 Abs. 5 und § 8. Danach hat das Wahlorgan der GmbH unter den dort aufgezeigten Voraussetzungen einen ihr Präsentierten in den Aufsichtsrat zu wählen. Dies ist genau die Situation, die satzungsmäßig geschaffen, in der GmbH mit "Präsentationsrecht" umschrieben wird, und hier tauchen auch direkt die Zweifelsfragen bezügl. des Zwangs, den Präsentierten zu wählen oder ihn ablehnen zu können, auf.⁷⁵

Im Montan-MitbestG ist die Trennung zwischen Wahl durch die Arbeitnehmer (AN) und der Erlangung der Organmitgliedschaft noch vorhanden, genau also die Situation eines -hier gesetzlichen- Präsentationsrechts, allerdings unter anderen Vorzeichen. Viele Zweifelsfragen werden daher durch eine grundsätzliche Behandlung des Präsentationsrechts auch im Bereich des Montan-MitbestG geklärt werden.

Die Mitbestimmungsregelungen bilden jeweils verschiedene zwingende Abweichungen von den Normen des GmbH-Gesetzes⁷⁶, so daß es vielfach zweifelhaft ist, ob im Bereich der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats die Vereinbarung eines Präsentationsrechts noch möglich ist.

Der unternehmensverfassungsrechtliche Teil wird sich also mit den Grenzen des Präsentationsrechts aus der Sicht der Mitbestimmung zu befassen haben

⁷⁵ siehe dazu vor allem Kommentare von Boldt, Müller-Jehmann u. Kötter, Jüngst, Schwerdtfeger S. 46

⁷⁶ Im einzelnen sei hier auf den kurzen Abriss der vier Mitbestimmungsgesetze im 5. Kapitel verwiesen.

B. Definition des Präsentationsrechts

Nachdem vorstehend Übersichtsmäßig geschildert wurde, welche Stationen die Arbeit durchläuft und welche Punkte dabei im Vordergrund stehen, soll jetzt auf die rein gesellschaftsrechtliche Seite der Arbeit zurückgegangen werden und eine Definition des Präsentationsrechts gesucht werden.

Wichtig ist hier zunächst, daß die GmbH als Körperschaft sich durch das Statut ein eigenes "Grundgesetz" geben kann. Dieses Statut kann kraft der Vertragsfreiheit die gesetzlichen Bestimmungen weitestgehend abändern⁷⁷ und die Gesellschaft vor allem in ihrem Aufbau, in den inneren Zuständigkeitsregeln körperschaftsuntypisch gestalten.

Sie kann das oberste Organ der Gesellschaft, die Gesellschafterversammlung, einen Teil seiner Zuständigkeit auf andere Organe, z.B. einen Gesellschafter oder einer Gesellschaftergruppe, übertragen⁷⁸. Das gilt vor allem auch für die Bestimmung der Person des oder der Geschäftsführer⁷⁹.

Wie oben (Teil A) schon gesagt wurde, steht das Präsentationsrecht als Benennungsrecht im Gegensatz zum Bestellungsrecht.

Es hat eine Position nach dem Bestellungsrecht als der weitestgehenden Übertragung der Zuständigkeit bezüglich der Bestellung der Organwähler

⁷⁷ H.P. Westermann S. 9

⁷⁸ W. Vogel, S. 6 u. Teichmann, S. 92 m.w.N. (FN 109 u. 110)

⁷⁹ Wilke in Handbuch, Rdn. 548 S. 252; siehe auch Hachenburg § 52 Anm. 18 m.w.N.

inne. Es beschränkt nur das Wahlrecht der Gesellschafter in dem es ihnen vorschreibt, den Vorgesetzten zu wählen und nicht durch die Bestimmung der Person des zukünftigen Geschäftsführers seine Bestellung immanent schon⁸⁰ vorzunehmen. Der Ablauf bei einem Präsentationsrecht ist folgender:

Der Berechtigte bestimmt eine Person als zukünftigen Geschäftsführer, der dann von der Gesellschafterversammlung als Organwalter bestellt werden muß.

Um diese Situation -eine dem Recht zur Bestimmung einerseits korrespondierende Pflicht auf der anderen Seite zur Bestellung- zu erreichen, bieten sich auf den ersten Blick mehrere Möglichkeiten an.

1. Möglichkeiten zur Vereinbarung eines Benennungsrechts

Betrachtet man den gewünschten Erfolg von der Seite der Verpflichteten, so stellt sich das Präsentationsrecht, vom einzelnen Gesellschafter aus betrachtet, als eine Verpflichtung zur Abstimmung in bestimmter Weise dar.⁸¹ Diesen Erfolg -die Bestellung der gewünschten Persönlichkeit zum Organwalter⁸²- kann man prinzipiell durch gesetzliche⁸³

⁸⁰ Harde (Diss.) S. 64; Wilke in Handbuch Rdn. 134 S. 63 u. 159 S. 71; Sudhoff GmbHRsch 73 S. 194

⁸¹ Jedenfalls soweit wie normalerweise die Gesellschafterversammlung Bestellungsorgan ist

⁸² mit Natani, DB 64 S. 1144 muß man wohl Wahl wie auch Entsendung, nicht aber Präsentation, mit der Bestellung gleichsetzen.

⁸³ wie z.B. im § 6 Montan-Milberitz gesehen

statutarische⁸⁴ oder vertragliche Regelung⁸⁵ begründen⁸⁶.

Von den Mitbestimmungsregelungen abgesehen gibt es sonst keine gesetzliche Abstimmungsverpflichtung, so daß als Möglichkeit eine gesellschaftsrechtliche oder schuldrechtliche Verpflichtung übrig bleibt. Unter gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen sind nach Scholz⁸⁷ alle nach Gesetz oder Satzung aus dem Gesellschafterverhältnis entspringenden Verpflichtungen, unter schuldrechtlichen alle aus Abreden entspringende zu verstehen.

1. Schuldrechtliche Vereinbarungen

Neutral gesagt, liegt immer eine Bindung des Stimmrechts dahingehend vor, nur für den Präsentierten als Geschäftsführer zu stimmen⁸⁸. Dann kann man, entsprechend den Möglichkeiten, diese Anordnung in die Satzung aufzunehmen oder durch Vertrag zu vereinbaren,⁸⁹ auch von dinglichen im Gegensatz zu schuldrechtlichen Stimmbindungen reden⁹⁰.

Bei den schuldrechtlichen Vereinbarungen, für eine bestimmte Person als Organmitglied zu stimmen,

⁸⁴ So z.B. in den Fällen RGZ 170, 358 u. BGH WM 73, 1295

⁸⁵ Hierfür gibt es zahllose Literaturabgaben (Siehe z.B. allein die Diss. zu Stimmbindungsverträgen im Lit.-Verzeichnis) Letztes wichtiges Urteil: BGHZ 48, 155

⁸⁶ Grimm S. 30 u. sehr gut Wieland S. 155 m.w.N.

⁸⁷ § 14 Anm. 7 u. 8 S. 177

⁸⁸ Steuler (Diss.) S. 43

⁸⁹ Steuler aaO; Boesebeck NJW 60, S. 8 f

⁹⁰ Spitzer (Diss.) S. 2; Frantz (Diss.) S. 13

kommt eine dingliche Bindung nicht in Betracht⁹¹. schuldrechtliche Vereinbarungen gelten immer nur inter partes.

Stimmbindungen dieser Art findet man oft bei Familiengesellschaften. Sie verpflichten den jeweiligen Partner, eine vorgeschlagene Person zu wählen⁹²: Die Stimme ist in diesem Punkt dann dahingehend gebunden, nur diese Person zu wählen.⁹³

Bindung der Stimme bedeutet hier aber, daß die Freiheit der Abstimmung gewahrt bleibt,⁹⁴ der sozialrechtliche Akt der Abstimmung⁹⁵ durch die obligatorische Stimmbindung oder Abstimmungsvereinbarung nicht berührt wird.⁹⁶

Man kann kurz von einer rein schuldrechtlichen Wirkung sprechen, diese Vereinbarungen sind Schuldverträge⁹⁷, gehören dem Individualrecht an.⁹⁸

Wenn auch jetzt einhellig ihre Vollstreckbarkeit, zum Teil nach den Vorschriften der §§ 887, 888 ZPO nach anderer Ansicht gem. § 894 ZPO⁹⁹, bejaht wird, die grds. Zulässigkeit war schon viel früher bejaht worden,¹⁰⁰ so bleibt doch eben

⁹¹ Janberg, DB 52, S. 97

⁹² z.B. Immenga S. 90

⁹³ Wilke (Diss.) S. 4

⁹⁴ Molitor, Festschr. S. 59 f; Fischer GmbHRSch 53, S. 6

⁹⁵ Zluhan AcP 128, S. 288

⁹⁶ Jürgensen (Diss.) S. 37

⁹⁷ Altvater (Diss.) S. 18; Baaden (Diss.) S. 76; Baumbach-Hueck § 47 Anm. 3c; Boesebeck NJW 60, S. 9; Eder in Handbuch RZ 416 S. 188; Frantz (Diss.) S. 15; Grimm (Diss.) S. 45 u. 65; Jühleri S. 123; Hueck, Festschr. S. 406; Wegener GmbHRSch 51 S. 190; Theisen (Diss.) S. 27

⁹⁸ so z.B. Theisen aaO

⁹⁹ Dagegen waren eigentlich nur Brodmann, siehe z.B. JW.29, 615 u. das RG, siehe Urteile FN 108; der BGH in BGHZ 48, 163 hat mit der damals herrschenden Rechtsprechung gebrochen u. eine Vollstreckung zugelassen, wonach die Vollstreckung zu geschehen hat. §§ 887, 888 oder 894 ZPO, ist allerdings noch streitig.

¹⁰⁰ siehe z.B. Andreae (Diss.) S. 45 u. Fischer in Festschrift für Kunze S. 105. Aus der Rspr. z.B. RZ 91, 205; 69, 134; 133, 95; 160, 257; 170, 388 BGH zuletzt BGHZ 48, 163

wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung ein großer Nachteil bestehen.

1. Die Abstimmungsvereinbarungen binden nur die an den Verträgen Beteiligten.
2. Der Berechtigte hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch, den er zwar mittlerweile durchsetzen kann, dessen Durchsetzung aber lange dauern kann und derart verzögert werden kann, daß man es nur als unvollkommenes, wenig geschütztes Recht ansehen kann.¹⁰¹

Diese Nachteile haben die statutarischen Vereinbarungen nicht.

2. Statutarische Vereinbarungen

Das Ziel, ein verbindliches Benennungsrecht zu erhalten, kann auch durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung erreicht werden. Dabei soll es hier, im Gegensatz zur schuldrechtlichen Stimmbindungs- bzw. Abstimmungsvereinbarung, als echter Satzungsbestandteil angesehen werden.¹⁰² Die Gesellschafter werden durch eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, einen bestimmten Beschluß zu fassen und ihr Stimmrecht bei der Abstimmung über diesen Beschluß in einem bestimmten Sinne zu gebrauchen.¹⁰³

Das sieht bezüglich der Wahl zum Geschäftsführer so aus, daß jeder Gesellschafter verpflichtet wird, bei der Wahl zum Geschäftsführer für die Bestellung

¹⁰¹ Man hat sie daher zu Recht als das dogmatisch schwächste Mittel, Einfluß in der Gesellschaft zu gewinnen, bezeichnet. Siehe Teichmann S. 226 m.w.N. Wie schwach sich die Stimmbindung als Sicherung der Herrschaftsmacht bei Übertragung von Geschäftsanteilen zeigt, s. Gessler GmbHRSch 74, 206

¹⁰² Nicht jede Vorschrift im Statut muß gesellschaftsrechtliche Rechte und Pflichten begründen. Die Auslegung kann auch rein schuldrechtliche Abmachungen ergeben. S. Wilke in Handbuch RZ 594 S. 178; Andreone (Diss.) S. 46 und Gonschüller GmbHRSch 63, 85 f

¹⁰³ Peters AcP 156, 314

für die Bestellung der vom Präsentationsberechtigten benannten Person zum Geschäftsführer zu stimmen.¹⁰⁴

Dabei ist es zunächst einmal gleichgültig, ob es sich bei dem Präsentationsberechtigten um einen Mitgesellschafter oder Dritten¹⁰⁵ handelt.

Von der Sicht des Berechtigten her gesehen ist ihm ein bindendes satzungsmäßiges Vorschlagsrecht eingeräumt worden,¹⁰⁶ von der Seite der Verpflichteten her ist diesen auferlegt, ihr Stimmrecht nur in einem bestimmten Sinne auszuüben.^{107, 108}

Ob es sich nur um eine Verpflichtung de facto aus dem speziellen Gebilde der juristischen Person heraus handelt oder ob es auch eine Verpflichtung de jure dem Berechtigten gegenüber ist, soll hier zunächst offen bleiben, siehe dazu unten 2. Kapitel Teil I, 2.

Der Vorteil einer statutarischen Regelung liegt darin, daß die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit über eine derartige Verpflichtung zur Abstimmung in einem bestimmten Sinne befunden haben. Nur so kann eine derartige Bestimmung in die Satzung gelangen.

Für den Berechtigten ist eine Art "dingliche" Sicherung getroffen worden, die ihm eine -noch

¹⁰⁴ Steuler (Diss.) S. 43

¹⁰⁵ Siehe z.B. Bondi, Festschr. S. 279, der dafür ein Beispiel bringt

¹⁰⁶ So Lang (Diss.) S. 105 mit entsprechendem Beispiel

¹⁰⁷ Peters AcP 156, 331

¹⁰⁸ Demgegenüber halte ich es nicht für richtig, mit Andreae (Diss.) S. 46 schon von einem entsprechend eingegrenzten Stimmrecht zu sprechen, so daß gültig nur die im Sinne des Berechtigten abgegebene Stimme wäre.

näher daranzulegende - Sicherung zur Durchsetzung seiner Anordnung verschafft¹⁰⁹

Durch die Vereinbarung in der Satzung wird die Bindung der Gesellschafter verstärkt,¹¹⁰ die Bindung haftet dem jeweiligen Gesellschaftsanteil an¹¹¹, sie erfährt, da die Satzung den Rahmen für das entsprechende Tätigwerden der Gesellschafterversammlung absteckt.¹¹² die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, d.h. alle Gesellschafter und Organe.¹¹³

Damit werden auch alle neu in die Gesellschaft aufzunehmenden Personen, sei es durch Erweiterung des Stammkapitals oder durch Erwerb von Anteilen, an diese einmal getroffene Regelung gebunden.

Aus diesen Gründen wird ein Benennungsrecht besonders für die Familien-GmbH empfohlen.¹¹⁴

Man geht bei dieser Regelung nicht so sehr das Risiko der schuldrechtlichen Abstimmungsvereinbarungen ein, hat allerdings auch nicht den starken Schutz eines Bestellungsrechts.¹¹⁵

¹⁰⁹ Darauf legt besonders Steuler. S. 31 Wert.

¹¹⁰ Altvater (Diss.) S. 45

¹¹¹ Altvater aaO S. 46 u. Baaden (Diss.) S. 11 zwar jeweils für die AG, jedoch ohne weiteres auf die GmbH übertragbar

¹¹² Heim AG 72. S. 230; Altvater u. Baaden aaO. Lang (Diss.) S. 73

¹¹³ Winkler, DNotZ 69, S. 397

¹¹⁴ So ausdrücklich Rosiny, GmbHRSch 58, S. 174 und Wittke (Diss.) S. 36 f

¹¹⁵ So ist es nicht recht verständlich, warum Overrath (Diss.) S. 2 eine satzungsmäßige Stimmbindung als nicht sinnvoll dahinstellt. Die Satzung kann eben nicht, wie er meint, immer bestimmte Maßnahmen, wie z.B. die Auswahl der jeweiligen Geschäftsführer vorschreiben, das ist weder immer nötig noch wünschenswert

II. Das Präsentationsrecht als Rechtsinstitut

Nachdem schon in Teil A das Präsentationsrecht soweit abgegrenzt wurde daß es jedenfalls nicht die Macht verleiht, einem Organwalter von sich aus diese Stellung zu Übermitteln,¹¹⁶ bleibt hier nur noch die Frage, welcher Vereinbarung es bedarf, um ein Präsentationsrecht zu begründen.

In Teil B wurden diesbezüglichen die beiden Möglichkeiten der schuldrechtlichen Abstimmungsvereinbarung und einer satzungsmäßigen Bindung behandelt.

Wenn man die bereits oben zitierten Literaturstellen¹¹⁷ und die Rechtsprechung, soweit sie diesen Begriff gebrauchen¹¹⁸, ansieht, so gelangt man zu dem Schluß, daß dort jedenfalls immer eine satzungsmäßige Vereinbarung gemeint ist.

Die Gegenüberstellung der Abstimmungsvereinbarung (bzw. Stimmbindung oder Abstimmungsverpflichtung¹¹⁹) zeigt, daß in der satzungsmäßigen Vereinbarung ein weitaus gefestigteres Recht bzw. eine stärkere Verpflichtung liegt. Diese stärkere Verpflichtung drückt sich m.E. in dem Wort Präsentationsrecht aus. Ein Recht, jemanden zu präsentieren kann doch nur dann -auf die Geschäftsführer oder Aufsichtsratswahl bezogen- dem jeweiligen Bestellungsorgan gegenüber bestehen, wenn es ein gegen jeden gültiges Recht sein soll.

¹¹⁶ Die Zugehörigkeit zu einem Organ beruht auf Wahl oder Ernennung, so richtig Wiedemann S. 24

¹¹⁷ Siehe die oben in Fn. 31 und 70 Genannten. Vor allem Sudhoff, Wilke und Hardé

¹¹⁸ Siehe z.B. BGH BB 67, 309 f

¹¹⁹ Alle drei Begriffe, obwohl vom Wort her jeweils einen anderen Aspekt andeutend, werden in der deutschen Literatur und Rechtsprechung synonym gebraucht.

Ein Präsentationsrecht in dem Sinne hat der Berechtigte jedenfalls nicht, wenn er nur mit einzelnen Gesellschaftern Verträge abschließt. Er hat dann nur ein Recht ihnen gegenüber auf Abgabe der Stimme und niemals auf Verleihung der Organeigenschaft des Präsentierten.

Diese Situation ändert sich nicht, wenn er mit allen Gesellschaftern Verträge abschließt. Dann hat er zwar allen Gesellschaftern gegenüber ein Recht, nicht aber dem Bestellungsorgan als solchem gegenüber.

Will man aber dem Bestellungsorgan das Recht zur Auswahl absprechen und einem anderen übertragen, ihm also nur das Recht geben, über den Präsentierten zu bestimmen, so kann das nur satzungsmäßig geschehen.

Damit drückt sich dann aber auch die o.a. weiteren Folgen einer satzungsmäßigen Vereinbarung aus.

Zusammenfassend gesagt, bedeutet Präsentationsrecht -unter Berücksichtigung des Wortsinns und der Ausprägung die ihm von der Literatur und Rechtsprechung gegeben wurde- ein satzungsmäßig bindendes Vorschlagsrecht.

Als Definition:

Mit Präsentationsrecht wird dasjenige satzungsmäßige Recht bezeichnet, welches einer Person oder einer Gruppe die Auswahl eines oder mehrerer Organwalter zusteht, verbunden mit dem Recht die Ernennung des oder der Ausgewählten zum Organmitglied mit für das Bestellungsorgan bindender Wirkung zu verlangen.

Schlagwortartig:

Das Präsentationsrecht bedeutet eine Verpflichtung der Gesellschaft, die Bestellung des Präsentierten

herbeizuführen; das jeweilige Bestellungsorgan hat das satzungsmäßig und gesetzlich Erforderliche zu tun, um den Bestellsungsakt durchzuführen.

2. Kapitel

Gesellschaftsrechtliche Abgrenzung und Erfassung

Die oben gewählte Definition des Präsentationsrechts ermöglicht es, seine Einordnung in das GmbH-Recht speziell, aber auch allgemein in das Gesellschaftsrecht zu finden.

A. Die rechtliche Einordnung des Präsentationsrechts

Hilfreich dafür sind die z.T. schon oben gefundenen Erkenntnisse.

Ausgangs- und Anknüpfungspunkt ist die Tatsache, daß Präsentationsrechte satzungsmäßig verankert sind. Die Satzung als innere Lebenordnung der Gesellschaft¹²⁰ schafft objektives Recht¹²¹, welches Gesellschafter und Organe in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft bindet.

Normgeber sind die Gesellschafter, die kraft der Vertragsfreiheit ihre Beziehungen zur Gesellschaft als eines sozialrechtlichen Verhältnisses¹²² eigenständig regeln. Als Herren der Gesellschaft haben sie es in der Hand, ihre eigene Zuständigkeit auszudehnen oder aber zu beschränken¹²³. Dazu gehört auch das Recht, Organe über die gesetzlich vorgeschriebenen hinaus zu schaffen oder bereits vorhandenen Organen größere, ja ausschließlich Kompetenteren zu übertragen¹²⁴ oder die Zuständigkeit der Organe soweit als möglich zu begrenzen.

¹²⁰ so schon O. v. Gierke, S. 182

¹²¹ O. v. Gierke aaO; siehe auch 1. Kapitel A. I

¹²² schon Schmulewitz S. 91 u. 94 unter Hinweis auf O. v. Gierke

¹²³ Hachenburg, § 46 Anm. 46 S. 131

¹²⁴ Hachenburg aaO. Anm. 51 S. 139

Auch die Organe unterliegen demgemäß den Satzungsbestimmungen, sie haben sich, ob Gesellschafter oder Dritter, innerhalb ihrer Grenzen zu bewegen.¹²⁵

Auf das Präsentationsrecht bezogen bedeutet dies, daß dem Bestellungsorgan, normalerweise die Gesellschafterversammlung, zumindestens ein Teil seiner Zuständigkeit entzogen wurde. Es hat nur noch die Bestellungs- nicht aber mehr die Auswahlkompetenz. Auf der anderen Seite ist dem Präsentationsberechtigten eine besondere Zuständigkeit verliehen worden.

Während die normalen organschaftlichen Mitgliedschaftsrechte der Mitglieder lediglich auf Mitwirkung bei der Willensbildung der Gesellschaft¹²⁶ lauten, ist dem Präsentationsberechtigten die alleinige Kompetenz zur Willensbildung in Bezug auf die Person der Geschäftsführer oder Aufsichtsrat übertragen.

Zu dieser satzungsmäßigen Abgrenzung in der Zuständigkeit des Bestellungsorgans und des Auswahlberechtigten¹²⁷, bei der das Mehr an Zuständigkeit des einen gleich ein Weniger Kompetenz des anderen bedeutet, kommt ein dritter Aspekt.

Die Betrachtungen über das Bestellungsorgan und den Präsentationsberechtigten dürfen nämlich auch dem Bestellenden und sein Verhältnis zu den schon bestellten Organen bzw. Organverwalter nicht außer Acht lassen.

¹²⁵ So auch Heim AG 72, 270

¹²⁶ Normalerweise in der Gesellschafterversammlung s. Fischer NJW 54, 779

¹²⁷ Wobei zu der Frage, ob ihm etwa die Stellung eines "Auswahlorgans" zukommt, unten noch Stellung genommen wird.

Seine Stellung nämlich ist ebenfalls, je nachdem wie das Präsentationsrecht im Gesellschaftsrecht einzuordnen ist, berührt.

Als Grundsatz sei hier gesagt, daß ein Organ¹²⁸, um rechtlich diese Stellung innezuhaben, verfassungsmäßig berufen sein muß¹²⁹. Nur dann hat eine Person -ein Organwalter- Organstellung inne, wenn er satzungs- d.h., ordnungsgemäß berufen ist¹³⁰.

Ausgehend von dieser Feststellung ist es für die Organwaltereigenschaft eines Organwalters von Wichtigkeit, wie die Gesellschafter durch Vereinbarung eines Präsentationsrechts ihre Stellung zugunsten des Präsentationsberechtigten eingeschränkt haben.

Geht man von dem Normalfall, nämlich der Geschäftsführerbestellung durch die Gesellschafterversammlung aus (§ 46 Nr. 5 GmbHG)¹³¹, liegt hier der Kernpunkt für die rechtliche Einordnung.

Die Frage, wie weit das Präsentationsrecht in den Beststellungsakt selbst eingreift, wie weit eine verfassungsmäßige Berufung des Organs ohne den Weg über den Präsentationsberechtigten überhaupt möglich ist, bildet den Zentralpunkt für die Fragen nach dem Recht des Präsentationsberechtigten und der Verpflichtung der Gesellschaft bzw. Gesellschafter.

¹²⁸ Und auch ein Präsentierter hat die Stellung eines Organs der Gesellschaft unstreitig inne, siehe Wieland S. 155. Es ergibt sich in der Organeigenschaft keinerlei Unterschied zu den Nichtpräsentierten. Siehe aber auch Wieland aaO mit Hinweis auf die damaligen anders gearteten ausländischen Regelungen.

¹²⁹ schon O. v. Gierke S. 674 f; siehe auch Baltzer S. 52 f

¹³⁰ Baltzer aaO, O. v. Gierke aaO

¹³¹ dasselbe gilt auch für den Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG)

I. Die objektive Seite/

Abgrenzung Bestellungsrecht / Präsentationsrecht

Man kann bei Betrachtung der Frage nach der verfassungsmäßigen Berufung eines Organwalters auch von einem objektiven Kriterium sprechen.

Die Einordnung nach der objektiven Seite bedeutet lediglich Überprüfung und Auseinanderziehen des von dem Statut vorgeschriebenen Wegs zur Organbestellung. Gleichzeitig damit wird die Frage nach der Notwendigkeit und Unerlässlichkeit bestimmter Handlungen -hier: der Präsentation- beantwortet.

Bezeichnend beim Präsentationsrecht ist daß die Bestellung des Organwalters durch das Bestellungsorgan -normalerweise die Gesellschafterversammlung- geschieht, während die Auswahl der Person durch den Präsentationsberechtigten erfolgt.¹³²

Als Bestellung bezeichnet man diejenige Rechtshandlung, die eine Person zum Mitglied eines Organs macht, ihr die entsprechende gesetzliche oder statutarische Machtposition verleiht.¹³³

Die Bestellung ist ein inner-körperschaftlicher Akt,¹³⁴ der für und gegen die Gesellschaft als solche wirkt.

Da die Gesellschaft als solche nicht handeln kann, muß die Bestellung immer durch Organe erfolgen,

¹³² dieselbe Situation, wie sie gem. § 6 V Montan-MitbestG gegeben ist. (S. z.B. Boldt u. Köttler Komm. z. MitbestG) Demgegenüber wird gem. § 8 nur eine Auswahl getroffen.

¹³³ Boldt, MitbestG § 12 Anm. 4 S. 115 u. Natzel AG 59 S. 96; Feine S. 470; Plander GmbHRSch 68 203

¹³⁴ Natzel aaO; ders. DB 64, 1144 u. DB 59, 206; siehe auch Immenga S. 93 u. Brodmann § 46 Anm. 2 S. 185. Mit Feine aaO u. S. 556 kann man ihn auch als "sozialrechtl. Akt des Körperschaftsrechts" ansehen im Gegensatz zur Ausstellung, welche lediglich das innere Verhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft regelt; Sudhoff GmbHGR S. 8

d.h., natürliche Personen müssen im Wege der Zurechnung auf die Gesellschaft tätig werden¹³⁵, für die Personenmehrheit "ersetzend" wirken.

Voraussetzungen für diese Zurechnung sind die Funktionen eines verfassungsmäßigen Organs und die Einhaltung der Funktionsform und des Funktionsbereiches.¹³⁶

Wird die Gesellschafterversammlung als Bestellungsorgan tätig, so ist sie, falls in dem Gesellschaftsvertrag nicht Abweichendes bestimmt ist, dazu gem. § 46 Nr. 5 GmbHG ermächtigt.

Überträgt das Statut die Zuständigkeit der Bestellung auf einen oder einzelne Gesellschafter, so werden diese entweder ausschließlich oder vorrangig¹³⁷ zuständig zur Organbestellung.

Das Statut macht sie damit zu Kurationsorganen¹³⁸.

Diese Stellung kann auch Dritten eingeräumt werden¹³⁹, man bezieht sie damit in die innergesellschaftliche Zuständigkeit mit ein.¹⁴⁰

Bei einem Präsentationsrecht wird an der Zuständigkeit zur Bestellung nicht gerüttelt.

Die Ausübung der Präsentationsbefugnis bindet das Organ innergesellschaftlich, stellt selbst aber für die Gesellschaft noch keine Wirkung her.

¹³⁵ Baltzer S. 51 f

¹³⁶ Baltzer aaO S. 52 und § 38 Anm.2 c S. 157

¹³⁷ Siehe z.B. Feine S. 506; nur für Delegationen Brodmann § 46 Anm. 1 S. 180 f

¹³⁸ absolut h.M.:
Boesebeck GmbHRSch 60, 119; Feine S. 559;
Hachenburg § 35 Anm.42 b S. 22 f (m.w.N.);
Scholz § 6 Anm.6; Natze AG 59, 96 u. DB 64
1144 (m.w.N.)

¹³⁹ BGHZ 43, 261 ff (263) u. Dietz, Vortrag S. 14

¹⁴⁰ Hachenburg aaO, S. 22 f

Nach Ausübung des Präsentationsrechts wird das Bestellungsorgan vielmehr erst zur Tätigkeit angeregt und verpflichtet, seine innergesellschaftliche Zuständigkeit besteht also unabhängig davon.

Das Bestellungsorgan wird also innerhalb seines Funktionsbereichs tätig, soweit es den Bestellsungsakt vornimmt. Irgendeine Wirkung für und gegen die Gesellschaft hat die Präsentation eines Organwalters auf Grund eines Präsentationsrechts nicht.

Es ist damit kein organschaftliches Recht,¹⁴¹ der Präsentationsberechtigte wird im Gegensatz zum Bestellungsberechtigten nicht zum Organ der Gesellschaft.¹⁴²

Die Bestellungsmöglichkeit wird durch die anderweitige Zuständigkeit zur Auswahl des Organs auch nicht etwa so berührt, als daß das Bestellungsverfahren, wenn nicht andere Unwirksamkeitsgründe vorliegen, ohne oder gegen den Willen des Präsentationsberechtigten an sich nicht ordnungsgemäß wäre. Die Präsentation als solche ist lediglich eine Vorstufe, die Willensbildung. An dem Rechtsgeschäft der Bestellung, das eine Willenserklärung, gerichtet auf den Rechtserfolg der Organkreation, darstellt,¹⁴³ ist es nicht beteiligt. Das Präsentationsrecht allein kann daher, was die rein objektive Seite betrifft, der Wirksamkeit

¹⁴¹ Fischer NJW 54, 779

¹⁴² Es muß also immer zu der Präsentation noch die Bestellung kommen. Wenn das OLG Karlsruhe in GmbHRSpr. IV, § 38 Nr. 4 also meint, die Gesellschaft sei verpflichtet, ohne daß eine Bestellungsmöglichkeit der Gesellschafter gem. § 46 Nr. 5 oder einem besonderen Organ gegeben sei, so fragt es sich, was das OLG meint, daß die GmbH die für die Bestellung erforderliche Willenserklärung abgeben soll.

¹⁴³ so richtig Natzel. AG 59, 96

der Bestellung nicht entgegenstehen.¹⁴⁴

II. Abgrenzung der Rechte und Pflichten

Die subjektive Seite

Subjektive Seite bedeutet Einordnung des Präsentationsrechts aus dem Aspekt subjektiven Rechts auf der einen, Verpflichtung auf der anderen Seite. Der eine Aspekt bedeutet, daß das Präsentationsrecht ein typisches Einzelrecht beinhaltet.

1) Recht des Einzelnen

Ob das Präsentationsrecht einen oder mehreren Personen, mehreren Familienstämmen oder anderen Gruppe zusteht, immer handelt es sich um ein Einzelrecht. ein subjektives Recht dieses Einzelnen oder dieser Gruppe. Wie dieses subjektive Recht einzugruppieren ist, entscheidet sich allerdings nicht für alle Möglichkeiten gleich, sondern es sind zwei Gruppen prinzipiell voneinander zu unterscheiden. Die Unterscheidung hat man nach Gesellschaftern und Dritten zu treffen.

a) Übertragung des Präsentationsrechts auf einen Dritten

Soweit Dritten ein Präsentationsrecht in der Satzung übertragen wurde, gehört die Befugnis zu

¹⁴⁴ Dieselbe Situation besteht auch im MitbestG das o. schon als "gesetzl. Präsentationsrecht" ausgesprochen wurde. Für die Bestellung gem. § 6 V Montan-MitbestG gilt grds. dasselbe wie oben. Jedenfalls läßt sich aus obigem der Schluß ziehen, daß es nicht richtig sein kann, wenn Oellrich, ZfB 92, 256 den Schluß zieht, daß gem. § 6 V MitbestG es sich nicht um eine Wahl, sondern streng genommen um Entsendung handelt. Es ist eine andere Frage, ob die Wirksamkeit einer anderweitigen Bestellung etwa aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen eine im öffentl. Interesse stehenden Norm nicht gegeben ist.

ihren subjektiven Rechten. Dieses Recht stellt aber mehr als einen obligatorischen Anspruch dar, da es satzungsmäßig abgesichert ist. Zwar wird durch das Präsentationsrecht, wie o.a., nicht der Bestellungsakt als solcher betroffen, aber die innergesellschaftliche Willensbildung kann auch ohne ihn nicht richtig ablaufen. Für den Dritten ist der statutenmäßige Schutz jedoch nicht so effektiv wie für den Gesellschafter.

Ein Dritter hat keinen Anspruch darauf, daß der Willensbildungsprozeß der Gesellschaft satzungsmäßig abläuft. Diesen Anspruch hat nur ein Gesellschafter.

Dennoch bietet das Präsentationsrecht auch für den Dritten eine größere Sicherheit als eine Abstimmungsvereinbarung bzw. ein Stimmbindungsvertrag. Zwar kann der Dritte nicht wegen fehlerhafter Willensbildung gegen die Gesellschaft vorgehen, denn es fehlt ihm als Außenstehenden das Rechtsschutzbedürfnis, da der Gesellschaftsvertrag als innergesellschaftliche Norm nur die an der Gesellschaft Beteiligten und die Gesellschaft selbst binden kann.

Doch kann er verlangen, daß je nach Statut, ein oder mehreren Organwalterstellen nur mit von ihm vorgeschlagenen Personen besetzt werden. Diesen Anspruch hat er, wie sich noch zeigen wird, gegen die Gesellschaft, welche diese Stellen zu besetzen hat. Diese Situation ist anders als bei den Stimmbindungsvereinbarungen. Während er dort nur gegen seine Vertragspartner vorgehen kann und von ihnen die Herbeiführung des Beschlusses zu fordern berechtigt ist, kann er hier auf den Beschluß selbst klagen.

Durch die Absicherung im Gesellschaftsvertrag als echten Satzungsbestandteil wird das Bestellungsorgan als Organ der Gesellschaft verpflichtet die präsentierten Personen zu bestellen. Das folgt aus der Pflicht jedes Organs, sich -wie schon o.a.- statutenmäßig zu verhalten.

Man kann daher bei der Übertragung des Präsentationsrechts auf einen Dritten von einer gewissen "dinglichen" Absicherung reden, die ihm einen Anspruch auf das Endergebnis selbst gibt.

Zwar ist diese Sicherung unvollkommen, aber die Unvollkommenheit ist bei der Vereinbarung eines Präsentationsrechts gerade das Gewollte, da sie eine größere Sicherheit auf der anderen Seite, nämlich bei den Gesellschaftern, hervorruft.

b) Übertragung des Präsentationsrechts auf einen
Gesellschafter

Etwas anderes ist die Situation bei der Übertragung eines Präsentationsrechts auf einen Gesellschafter.

Hier zeigt sich die Berechtigung zur Präsentation eines Organwalters zwar auch als subjektives Einzelrecht mit einer "dinglichen" Absicherung, aber gleichzeitig liegt in der Übertragung auch eine mitgliedschaftliche Regelung.

Das Präsentationsrecht ist in diesem Fall ein Teil des Mitgliedschaftsrechts, dessen Aufgabe es gerade ist, die Stellung einer Person innerhalb der Gesellschaft zu bestimmen und den Einflußspielraum einzugrenzen.¹⁴⁵

Sowohl eine Bindung des Bestellungsorgans als auch das Recht des Präsentationsberechtigten sind gesetzliche Rechte¹⁴⁶, in das soziale Gefüge der Gesellschaft eingebettet. Gleichgültig, ob das Präsentationsrecht einem einzelnen Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern -etwa Familienstämmen- zugeordnet ist, immer handelt es sich um Vorrechte dieses Gesellschafters bzw. dieser Gruppe vor den Mitgesellschaftern.

¹⁴⁵ Wiedemann S. 32

¹⁴⁶ Baaden (Diss.) S. 14

Ist man sich einig, daß sowohl das mitgliedschaftliche Recht eines Gesellschafters auf Geschäftsführung¹⁴⁷, wie auch das Bestellungsrecht eines Mitglieds¹⁴⁸, Sonderrechte^{149/150} sind, so kann man für das Präsentationsrecht auch zu keinem anderen Ergebnis kommen.

Das Präsentationsrecht stellt sich also, soweit es -wie in den wohl meisten Fällen- einem Mitgesellschafter zugestanden wird, ein Sonderrecht dar.¹⁵¹

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß von der Seite der Berechtigten her das Präsentationsrecht ein Einzelrecht, einen Anspruch darstellt, der satzungsmäßig oder "dinglich" abgesichert ist und -soweit es sich um einen Gesellschafter handelt- ein Sonderrecht darstellt.

¹⁴⁷ Z.B. Fischer, Festschr. Schmidt S. 122; Feine S. 503

¹⁴⁸ Z.B. RGZ 137, 205 (308), Bergmann S. 53. Feine aaO; Hofmann BB 73, 1086; Hachenburg § 35 Anm. 42 S. 21; jeweils m.w.N.

¹⁴⁹ Auf den früheren Streit um die Sonderrechtstheorie soll hier nicht eingegangen werden. S. dazu vor allem die älteren Diss. z.B. von Aldag S. 11 ff u. Dreyer; Einen ganz anderen Sonderrechtsbegriff hatte z.B. O.v. Gierke u. Gadow, Gruch 66, 518 ff. Anders auch wohl noch Schultze Iher Jb 75, 456 ff

¹⁵⁰ Die heute h.M. führt drei Kriterien auf, die kumulativ vorliegen müssen, um ein Sonderrecht zu bejahen. Es muß sein:

- 1) ein verfassungsmäßiges (körperschaftliches) Recht
- 2) ein mitgliedschaftliches Recht
- 3) ein Vorrecht eines einzelnen oder einer Gruppe vor anderen Mitgesellschaftern.

Aus Rspr.: Insbesondere BGH DNotZ 69, 377 (388)

Aus der Lit.: Insbesondere Fleck GmbHRsch 70, 223; Hachenburg Rdn. 9 ff zu § 14, Rücker (Diss.) S. 73 Scholz § 14 Anm. 13 S. 180 Winkler DNotZ 69, 407 f. Siehe aber auch Baumbach-Hueck Überbl. vor § 13 S. 70 f; Brodmann § 45 Anm. 2 S. 172; Groschuff § 20 Anm. 20 S. 204; Harde (Diss.) S. 61; Jung (Diss.) S. 48; Kühn (Diss.) S. 47; Müller-Krabach S. 56; Schilling JZ 53, 489; Schönte-Ennslin GmbHRsch 69, 106; Thom (Diss.) S. 11; Wolany S. 177 ff. Sonderrecht in Bezug auf echte/unechte Satzungsbestandteile siehe Ganssmüller, GmbHRsch Rdn. 63 85 f.

2) Statutarische Abstimmungsvereinbarung bzw.
Verpflichtung der übrigen Gesellschafter?

Wurde oben die Seite des Berechtigten betrachtet, so geht es jetzt darum, die diesem Recht korrespondierende Pflicht zu untersuchen. Die Lösung der Frage hängt von der Beantwortung dreier Fragen ab:

- a) Um welche Pflicht handelt es sich?
- b) Wem ist die Pflicht auferlegt?
- c) Wie wird dieser Pflicht genügt?
- a) Um welche Pflicht handelt es sich? *

Gleichgültig jetzt, ob es sich bei den Berechtigten um einen Dritten oder einen Gesellschafter handelt, muß es sich hier um die Pflicht zur Bestellung handeln.

Wie schon oben dargelegt wurde, geht es hier auch lediglich um die Pflicht zur Bestellung, d.h., um die Vornahme des Bestellungsaktes.¹⁵²

Es wurde ebenfalls dargelegt, daß es sich bei dem Bestellungsakt um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt.¹⁵³ Im Ergebnis geht es hier also um die gesellschaftsrechtliche¹⁵⁴ Pflicht, eine den gesellschaftlichen (statutarischen) Regeln entsprechende Willenserklärung abzugeben, die auf den Rechtserfolg der Organeigenschaft und

¹⁵¹ so auch z.T. ausdrückl.: RGZ 170; 356 ff (371) Borrmann (Disc.) S. 76; von Godin ZAFdR 43, 214 Hachenburg § 35 Anm. 41 S. 21; Sudhoff GV der GmbH S. 263; Wilke in Handbuch Rdn. 134 S. 63

¹⁵² siehe oben S.

¹⁵³ siehe oben S.

¹⁵⁴ wobei als gesellschaftsrechtl. mit Scholz solche Rechte und Pflichten zu verstehen sind, die nach Gesetz oder Satzung aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringen; Scholz § 14 An. 7 S. 177

Mitgliedschaft gerichtet ist.¹⁵⁵ Es soll also eine Willenserklärung abgegeben werden, die dem Präsentierten die nach innen und außen wirkende Rechtsstellung des Organs, d.h. eines für und an Stelle der Gesellschaft Handelnden einräumt.

b) Wem ist die Pflicht auferlegt?

Nach den Ausführungen oben liegt es nahe, das Bestellungsorgan als Verpflichteten anzusehen. Dazu kommt man u.a. schon mit der Überlegung, daß ein verfassungsmäßiges Organ in verfassungsmäßiger Weise zu bilden ist¹⁵⁶, wozu auf jeden Fall die Bestellung durch das richtige Organ gehört.

aa) Betrachtet man den Fall, daß ein besonderes Kurationsorgan besteht, z.B. für die Bestellung eines Geschäftsführers, dann ist dieses Kurationsorgan, wenn die Satzung keine andere Auslegung zuläßt, ausschließlich¹⁵⁷ befugt, die Geschäftsführer zu bestellen.¹⁵⁸ Dann müßte sich der Anspruch des Präsentationsberechtigten gegen dieses Organ richten, d.h., bei einer Klage gegen die Bestellung wäre dieses Organ, mithin diese Einzelperson richtige Partei und passivlegitimiert.

¹⁵⁵ Gleichgültig ist hier, ob es sich etwa um einen unvollkommenen körperschaftsrechtl. Akt handelt oder ob er rein innergesellschaftlich wirkt, wichtig ist, daß der Beststellungsakt einseitig erfolgt. Natzel AG 59 96 ff u. Grothus GmbHRSch 58, 143 (58 143)

¹⁵⁶ Baltzer S. 53

¹⁵⁷ s. z.B. Natzel AG 59, S. 94 f

¹⁵⁸ Dabei mag es hier dahingestellt sein, ob eine ausschließliche Übertragung der Befugnis überhaupt möglich ist (so die h.M.) oder ob es sich immer nur um eine Delegation handeln kann (so z.B. Brodmann)

bb) Betrachtet man den gesetzlichen Normalfall, nämlich daß gem. § 46 Nr. 5 GmbHG die Geschäftsführer -gem. § 52 der Aufsichtsrat - durch die Gesellschafter bestellt werden, wäre es nur konsequent, in diesem Falle die Gesellschafter zu verklagen, den Präsentierten zu bestellen, d. h. die darauf gerichtete Willenserklärung abzugeben.

Beide Konstellationen ergeben, daß einzelne Personen verklagt würden, um bei der Gesellschaft einen Organposten zu besetzen. Das wäre bei den Personenhandelsgesellschaften -abgesehen davon, daß es dort Organe im juristischen Sinne nicht gibt- der richtige Weg. Dort herrscht nämlich noch die Identität Gesellschafter - Gesellschaft. Bei allen juristischen Personen, wobei die GmbH gem. § 13 GmbHG gehört, ist diese Identität aber nicht mehr gegeben. Die Bestellung eines Organs der Gesellschaft ist allein Angelegenheit dieser Gesellschaft, nicht einzelnen Personen. Gleichgültig, ob als Kurationsorgan ein Gesellschafter oder Dritter auftritt, die Bestellung als solche nimmt immer die Gesellschaft vor. Der Bestellende tritt in dem Augenblick der Bestellung als Organ der Gesellschaft auf, die als rein juristisch theoretisches Gebilde nicht handlungsfähig ist.

Auch die Gesellschafter, die gem. § 46 Nr. 5 die Geschäftsführer bestellen, handeln nicht als Einzelpersonen, sondern als Organ der Gesellschaft. Ihre Gesamtheit, nämlich die Gesellschafterversammlung, hat wie das Einzelorgan auch Organcharakter. Wenn es als Organ handelt, handelt die Gesellschaft.

Sieht die Satzung also ein Präsentationsrecht vor, so ist nicht das jeweilige Bestellungsor-

gan, sondern die Gesellschaft als solche verpflichtet.¹⁵⁹

c. Wie wird dieser Pflicht genügt?

Der B stellungsakt geht als innergesellschaftlicher körperschaftlicher Akt von einer Willensbildung und Willenserklärung der Gesellschaft aus, er ist mit der Abgabe der Willenserklärung vollendet.¹⁶⁰

Bei Vereinbarung eines Präsentationsrechts obliegt dem Präsentationsberechtigten die Auswahl der Person des Organwalters, mithin die eigentliche Willensbildung.

Gleichgültig, ob damit schon der gesamte Willensbildungsprozeß der Gesellschaft erfüllt ist oder ob man von einer gewissen Willensbildung vor Abgabe der Erklärung bei ihr noch sprechen kann.¹⁶¹

¹⁵⁹ So auch OLG Karlsruhe, GmbHRspr. IV § 38 Nr. 4 v. Godin ZAFdR 43 214; näheres, auch zur gegenteiligen Ansicht des RG (Z 170), BGH (WM 73) u. Lit. siehe unten 3. Kapitel Teil B, 1. 1

¹⁶⁰ Fischer NJW 54, 778 ordnet die Bestellung der Willensbildung als solche unter. Das erscheint nicht richtig, da die Bestellung allein von der Abgabe der Willenserklärung abhängig ist, die Willensbildung als solche aber durchaus anderen Personen zugeordnet sein kann, wie es beim Präsentationsrecht ja geschieht.

¹⁶¹ Gegen Gessler BB 56, 629 meinen Boldt AG 56, 10 u. Nikisch ArbR S. 632, daß in Beziehung auf die Mitbestimmungsregeln in § 6 V Montan-Mitbestimmungsgesetz es keine Scheinwahl sei, sondern eine gewisse Überprüfung man dem Wahlorgan nicht verwehren könne. Dasselbe müßte wohl auch für das vereinbarte Präsentationsrecht gelten. Siehe dazu auch Kötter MitbestG § 6 Anm. 29 S. 104

hier kommt es nur darauf an, daß sie das Rechtsgeschäft der Bestellung vollzieht.

Gleichgültig ist auch, daß es sich hier um einen Akt körperschaftlichen Sozialrechts handelt¹⁶², auf den die Regeln des Individualrechts nicht ohne weiteres anwendbar sind,¹⁶³ der hier relevante Punkt ist die Abgabe der Willenserklärung mit dem sich die Bestellung vollzieht.

aa) Obliegt satzungsgemäß die Abgabe dieser Willenserklärung nicht der Gesellschafterversammlung sondern einem anderen Organ, fragt es sich, ob und wie die Gesellschaft die Bestellung herbeiführt.

Grundsätzlich ist die Gesellschaft für das satzungsmäßige Handeln ihrer Organe verantwortlich.¹⁶⁴ Dazu kommt die Überlegung, daß bei der GmbH die Bestellung immer, ob mittelbar oder unmittelbar, von den Gesellschaftern auszugehen hat.¹⁶⁵ Stimmt man mit der Aussage, daß die Gesellschafter immer das Übergeordnete Organ darstellen¹⁶⁶ überein, so liegt der Schluß nahe, daß in Ausführung der Verpflichtung die Bestellung letzten Endes bei den Gesellschaftern liegt.¹⁶⁷

¹⁶² Feine S. 470 f u. BGH BB 68, 560

¹⁶³ Feine aaO

¹⁶⁴ Steuler (Dlss.) S. 49

¹⁶⁵ Eder GmbHRSch 62, 23

¹⁶⁶ h.M.: expressis verbis Boesebeck GmbHRSch 60, 118, so BGH BB 68, 560

¹⁶⁷ so BGH BB 68, 560

Damit wären die Gesellschafter letztendlich verpflichtet, die Bestellung herbeizuführen, da nur sie als natürliche Personen handlungsfähig sind.¹⁶⁸

Bei einer Verpflichtung der GmbH müßten die Gesellschafter also für die Bestellung als Organ sorgen.¹⁶⁹

- bb) Eine solche Situation liegt auch vor, wenn die Gesellschafterversammlung lt. § 46 Nr. 5 GmbHG für die Bestellung zuständig ist. Auch dann ist zwar die GmbH verpflichtet, handeln aber kann sie nur durch ihre Organe. Das Organ ist hier dann die Gesellschafterversammlung, ein gedankliches Gebilde, das sich aus natürlichen Personen, nämlich allen Gesellschaftern zusammensetzt.

Die Gesellschafterversammlung bildet den Willen der Gesellschaft, indem sie aus der Abgabe mehrerer Willenserklärungen¹⁷⁰ (= Stimmabgabe bei Abstimmung) einen einheitlichen Gesamten Willen bildet. Diese Willensbildung, Beschlußfassung genannt,¹⁷¹ führt zu einer Bestellung. Wenn die Beschlußfassung als Teil eines einheitlichen sozialrechtlichen Vorgangs¹⁷² auch einen körperschaftlichen Gesamten Willensakt¹⁷³ darstellt, so ist er wohl doch noch

¹⁶⁸ Peters AcP 156, 331 u. Scholz § 47 Anm. 7 S. 515 u. § 6 Anm. 7 S. 110

¹⁶⁹ Scholz § 6 aaO; insoweit kann man auch nicht, wie Wieland S. 157 es tut, die Wahlverpflichtung der Gesellschafter von einem Vorschlagsrecht trennen. Dies sind so gesehen keine Gegensätze, sondern nur verschiedene Aspekte.

¹⁷⁰ Die ursprüngliche abweichende Meinung des RG hat der BGH mittlerweile aufgegeben. Siehe den lückenlosen Nachweis bei Himmelsbach (Diss.) S. 6 f und Erman AG 59, 269 m.w.N.

¹⁷¹ Hachenburg § 45 Anm. 7/8 S. 103

keine Willenserklärung¹⁷⁴, sondern als Manifestation eines einheitlichen Gesamtwillens¹⁷⁵. Er wird aber jedenfalls mit Feststellung des Abstimmungsergebnisses zur Willenserklärung¹⁷⁶, da er jetzt auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtet ist¹⁷⁷, beim Akt der Bestellung damit möglicherweise der Rechtserfolg schon herbeigeführt ist.¹⁷⁸

Zum Zustandekommen eines Beschlusses müssen die Gesellschafter bestimmte Willenserklärungen abgegeben haben¹⁷⁹. Dies geschieht durch die Stimmabgabe, die jedem Gesellschafter als organschaftliches Mitgliedschaftsrecht zusteht.¹⁸⁰ Dadurch, daß jeder Gesellschafter hierüber das Stimmrecht¹⁸¹ hat, wird im Ergebnis die Verpflichtung der Gesellschaft zur Bestellung ein Auftrag an die Gesellschafter, ihr Stimmrecht in dem von dem Präsentationsberechtigten verlangten Sinne zu gebrauchen.

Die Gesellschafter sind daher entweder von vorneherein oder als letztentscheidendes oberstes Organ im Falle der Delegation schließlich berufen,

¹⁷⁴ Hachenburg aaO u. Sudhoff aaO S. 225 u. 246

¹⁷⁵ Hachenburg aaO u. Natzel, AG 59 S. 96

¹⁷⁶ Selbst wenn man Bötticher darin folgen will, daß der Beschluß die inneren Verhältnisse der GmbH gestaltet u. nicht nach außen wirkt, spricht das nicht gegen eine Willenserklärung, zumal im Bereich der Bestellung dieser Vorgang auch rein innergesellschaftlich ist. (z.B. Grotthus UmbHRsch 58, 143)

¹⁷⁷ Natzel aaO

¹⁷⁸ Wobei der Streit, ob zur Bestellung Zugang der Willenserklärung, d.h., des Beschlusses oder u.U. sogar Zustimmung erforderlich ist, hier dahinstehen kann. siehe w.N. bei Natzel aaO

¹⁷⁹ Sudhoff S. 246

¹⁸⁰ Fischer NJW 54, 779

¹⁸¹ Gut die Definition bei Overrath (Diss.) S.5; "Stimmrecht ist jede Art des Rechts, durch Beitrag an der Form des Gesamtwillens teilnehmen." m.w.N.

ihr Stimmrecht satzungsmäßig auszuüben. Man kann daher durchaus mit einer gewissen Berechtigung von einer satzungsmäßigen Stimmbindung sprechen.¹⁸²

Auf jeden Fall ist es einer Bindung, die, da satzungsmäßig, dem Anteil als solchem anhaftet¹⁸³, insoweit "dinglich" wirkt.¹⁸⁴ "Dingliche" Stimmbindung bedeutet dabei nicht nur, daß jeder Anteilsbesitzer gebunden wird, sondern auch, daß normalerweise eine Stimmabgabe letztendliche Wirkung nur hat, wenn sie, bzw. der darauf bestehende Beschluß, satzungsmäßig d.h., im Sinne des Präsentationsberechtigten gefaßt wird.

Mit dieser Aussage hat die Frage, ob auch ein Anspruch des Präsentationsberechtigten gegen die Gesellschafter auf Stimmabgabe oder Herbeiführung des entsprechenden Beschlusses besteht,¹⁸⁵ nichts zu tun. Wenn auch die Verpflichtung der Gesellschaft letztendlich die Gesellschafter dahingehend bindet, daß sie entsprechende Beschlüsse herbeiführen, ist es richtig, daß es keine dem Recht des Präsentationsberechtigten korrespondierende Pflicht der Gesellschafter ist. Grundsätzlich bestehen keine mittelbaren Ansprüche der Gesellschafter untereinander und werden auch satzungsmäßig nicht geschaffen.¹⁸⁶

Rein rechtlich gesehen handelt es sich hier um eine Pflicht, die tatsächlich allerdings durch die Gesellschafter ausgeführt werden muß.

¹⁸² So Baaden (Diss.) S. 11

¹⁸³ Baaden aaO

¹⁸⁴ Spitzer (Diss.) S. 2

¹⁸⁵ Bejahend Peters AcP 156, 331, dazu noch unten 3. Kapitel Teil B I

¹⁸⁶ Hachenburg § 2 Einl. S. 112; § 13 Anm. 3 S. 328 in der 6. Aufl. Abweichend davon jetzt die 7. Aufl. § 13 Rdn. 6: Die Möglichkeit, daß die Satzung auch Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern schaffen kann, wird jetzt nicht mehr ausgeschlossen.

III. Zusammenfassung

Die Rechtsnatur des Präsentationsrechts

Ganz allgemein läßt sich die Rechtsnatur des Präsentationsrechts wie folgt zusammenfassen:

Auf der einen Seite handelt es sich um einen statutenmäßig abgesicherten Individualanspruch, dem auf der anderen Seite die gesellschaftsvertragliche Pflicht der Gesellschaft auf Herbeiführung der Bestellung korrespondiert.

- 1) Für den Fall, daß Inhaber des Präsentationsrechts ein Gesellschafter oder eine Gesellschaftergruppe ist, wird es für sie zum Sonderrecht. Für die Gesellschaft bedeutet dies in Anwendung des § 35 BGB eine noch weitergehende, festere Bindung als einem Dritten gegenüber.
- 2) Im Falle der Präsentation hat die Gesellschaft grundsätzlich kein Auswahlrecht mehr, ihre Willensbildung ist höchstens noch in dem Umfange erhalten, als sie die Bestellung u.U. ablehnen kann. Grundsätzlich hat sie aber die Willensbildung in Bezug auf die Person des zu präsentierenden Organwalters dem Präsentationsberechtigten übertragen, ihr bleibt lediglich die Zuständigkeit zur Bestellung als solcher.
- 3) Soweit die Gesellschaft zur Bestellung verpflichtet wird, richtet sich diese Verpflichtung tatsächlich -jedenfalls im gesetzlichen Normalfall- an die Gesellschafter. In Bezug auf die Gesellschafter bedeutet das Präsentationsrecht eine dingliche Bindung ihres Stimmrechts.

Das bedeutet:

Sie haben den satzungsmäßigen Auftrag, einen Beschluß im Sinne des Präsentationsberechtigten

zu fassen, indem sie die Bestellung des Präsentierten zum Organwalter herbeiführen.

Ihre Stimmabgabe ist statutarisch gebunden. Es besteht eine satzungsmäßige Pflicht für sie dahingehend, bei der Abstimmung für die Person des Präsentierten als Organwalter zu stimmen.

Die Verpflichtung zur Beschlußfassung und Bindung der Stimme ist dem Anteil immanent. Sie obliegt jedem Gesellschafter, auch wenn sie erst später in die Gesellschaft eintreten.

B. Die Rechtsgültigkeit des Präsentationsrechts

Eine derartige Einengung des Stimmrechts durch den Gesellschaftsvertrag stößt auf Zweifel über die Zulässigkeit.

Grundsätzlich ist hier gleichgültig, ob die entgegen dem Gesellschaftsvertrag abgegebene Stimme von vorneherein ungültig¹⁸⁷ ist oder nur über den Beschluß der Anfechtung unterliegt.

Wichtig allein ist, daß die Gesellschafter keinerlei Auswahlrecht mehr hinsichtlich ihrer Organwähler haben. Um sich statutenmäßig richtig zu verhalten, können die Gesellschafter nur den Präsentierten wählen, alles andere hält sich nicht im Rahmen der Satzung¹⁸⁸ und unterliegt der Nichtigkeit- oder Anfechtungsklage.

Die Rechte der Gesellschafter sind damit bis auf den reinen Beststellungsakt zusammenschrumpft.

Das könnte aus dem Gesichtspunkt der freien Auswahl der Gesellschafter unzulässig sein. Es werden aus diesem Gesichtspunkt von der Repr.¹⁸⁹ und Literatur¹⁹⁰ Bedenken in folgender Richtung aufgestellt:

Die Wahlfreiheit der Gesellschafterversammlung dürfe nicht eingeschränkt werden¹⁹¹, das Stimmrecht als solches nicht berührt werden¹⁹². Dies werde dadurch in unzulässiger Weise eingeschränkt, daß

¹⁸⁷ In dem Sinne sprechen sich Zluhan, AcP 128, 292 u. Baaden (Diss.) S. 18f. aus.

¹⁸⁸ Wobei hier von der Möglichkeit einen Präsentierten wegen Unzumutbarkeit abzulehnen abgesehen wird.

¹⁸⁹ Stellvertretend siehe RGZ 131, 179 ff. m.w.N.

¹⁹⁰ z.B. Long (Diss.) S. 105 u. 155; Dietz W.D. (Diss.) S. 20 ff. u. 62; Janberg DB 52, 97 Spitzer (Diss.) S. 4 Bergmann S. 14 f.

¹⁹¹ Dietz aaO u. Bergmann aaO, der ein Präsentationsrecht für ebenso unzulässig wie das Ernennungsrecht hält (m.w.N.)

¹⁹² Janberg aaO. Altwater (Diss.) S. 47f. u. 51

jemand satzungsmäßig dazug bestimmt wird, den Aufsichtsrat oder die Geschäftsführung zu besetzen.¹⁹³ Wenn auch alle Äußerungen hauptsächlich in Beziehung auf die AG gemacht wurden, haben sie gleichsam hier ihre Bedeutung. Sie zeigen allgemeine Schranken aus dem Gesichtspunkt des Rechts der Körperschaften auf."

Auf der anderen Seite steht die Vertragsfreiheit. An sie knüpft die Begründung für die Zulässigkeit an.

Die Vertragsfreiheit -bei Kapitalgesellschaften Verbandsautonomie-¹⁹⁴ durchdringt als Ausprägung der Privatautonomie unser gesamtes Privatrecht. Als eines der obersten Prinzipien¹⁹⁵ läßt sich auch für Regelung in Gesellschaftsverträgen zunächst eine Vermutung für ihre Wirksamkeit kraft Übereinkunft treffen. Soweit nicht gegen Sinn und Zweck gesetzlicher Gesellschaftsformen verstoßen wird,¹⁹⁶ sowie die gegen diese Form ausprägende Gesetzesbestimmungen, ist eine Anpassung an den Einzelfall erlaubt.

Betrachtet man den wesentlich starreren gesetzlichen Typ der AG, so können die o.a. Bedenken -zumal die Aktionäre dort nur noch über den Aufsichtsrat Einfluß ausüben- allenfalls bei dieser Gesellschaftsform ausschlaggebend sein. Die o.a. Schranken setzen dort der Anpassung viel eher eine Grenze.

¹⁹³ Spitzer aaO

¹⁹⁴ so richtig Lang (Diss.) S. 60 unter Hinweis auf Ballerstedt, Unternehmenskonzentration S. 875

¹⁹⁵ Interessant hier die Untersuchung von Schulte in Festschrift f. Westermann S. 531 ff., der die Vertragsfreiheit als das obere Prinzip der Rspr. zum Gesellschaftsrecht dahinstellt.

¹⁹⁶ Das ist der Grundgedanke bei Koller S. 133, der allerdings mehr auf die Typuslehre Bezug nimmt.

Die GmbH bildet demgegenüber einen mehr flexibleren Typ, bei dem diese mehr schematisch formale Gedanken nicht sehr einleuchtend erscheinen.¹⁹⁷

Bei der GmbH sind die Gesellschafter weit mehr Herren der Gesellschaft, die im Rahmen des wesentlich nachgiebigeren GmbHG und unter Beachtung der Mitbestimmungsgesetze ihre eigene Zuständigkeit beliebig beschränken können.¹⁹⁸

Es kann bestimmten Organen Macht gegeben und genommen werden, ja selbst der Gesellschafterversammlung kann das Recht zur Bestellung genommen werden und auf ein anderes Organ¹⁹⁹ übertragen werden. Dies als dem viel weiteren und schärferen Eingriff läßt man im Rahmen der Verbandautonomie zu, selbst, eingeschränkt allerdings, bei der AG. Demgegenüber muß ein vom Eingriff in die Gesellschaftsrechte her gesehenes Minus dann aber auch zulässig sein.²⁰⁰

Die Wahlfreiheit der Gesellschafter ist bei der Übertragung eines Bestellungsrechts überhaupt nicht mehr gegeben, das Präsentationsrecht läßt ihnen demgegenüber noch ein Minimum.

Weder aus dem Prinzip der Wahlfreiheit noch aus allgemein GmbH-rechtlichen Prinzipien läßt sich somit die grundsätzliche Zulässigkeit des Präsentationsrechts verneinen.²⁰¹

¹⁹⁷ so auch Kühn (Diss.) S. 69 f u. Altwater (Diss.) S. 48

¹⁹⁸ Hachenburg § 45 Anm. 46 S. 134 f

¹⁹⁹ einen sog. Kurationsorgan - Siehe oben FN 68

²⁰⁰ so auch in etwa der Gedankengang bei Steuerl Diss. S. 45 u. v. Godin ZAFGR 43. 214

²⁰¹ so im Ergebnis auch Zihnen, AcP 128, 292

An allgemeinen Schranken für das Präsentationsrecht bestehen daher nur die für jede vertragsmäßige Bindung bestehenden Regeln²⁰²: Die Sittenwidrigkeit und die körperschaftsrechtliche Ausformung des § 242 die Treuepflicht.

Dabei lassen sich aber auch keine allgemeinen Grundsatzentscheidungen treffen²⁰³, hier hängt es von der Konstellation des Einzelfalls ab.

Nicht allein die Möglichkeit, weitgehend außer-gesellschaftlichen Interessen durch Auswahl einer entsprechenden Person verfolgen zu können, spricht für die Unzulässigkeit. Vielmehr wird ein Präsentationsrecht gerade zur Verfolgung von Individualinteressen begründet und es erscheint dann durchaus legitim außergesellschaftliche Sonderinteressen²⁰⁴ wahrzunehmen.

Es ist jetzt allein die Frage des Einzelfalls, ob schon die Vereinbarung eines Präsentationsrechts schlechthin sittenwidrig ist, weil es etwa dazu dient und dienen soll, der Minderheit ungeeignete oder mit Konkurrenzunternehmen verbundenen Organwähler aufzudrängen.

Eine Zurückdrängung der Minderheitenrechte und eine bewußte Schädigung der Gesellschaft kann bei entsprechender Konstellation der Ausübung des Präsentationsrechts entgegenstehen.

²⁰² Zluhen aaO u. Baaden (Diss.) S. 18 f. Bestimmte Motive zur Begrenzung der Privatautonomie (S. 250) u. Grundlegendes über die Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen bei Teichmann.

²⁰³ so richtig Fischer NJW 54, 780 entgegen Küster.

²⁰⁴ so richtig Martens (Diss.) S. 68 FN 284.

Ein derartiges Fehlverhalten schon bei Vertrags-
schluß wird jedoch sehr selten auftreten.

Häufiger wird das Präsentationsrecht, wie auch
Abstimmungsvereinbarungen und Entsendungsrechte,
dem Mißbrauch im Einzelfall ausgesetzt sein.²⁰⁵

Das läßt aber nur eine Prüfung der Wirksamkeit des
Präsentationsrechts im Einzelfall zu, führt
noch nicht zu einer grundsätzlichen Ablehnung.²⁰⁶

Daß im Rahmen dessen aus dem Spannungsfeld zwischen
gesellschaftlicher Treuepflicht und Wahrung von
Eigeninteressen der für eine Präsentation noch
zur Verfügung stehende Personenkreis durchaus
stark -zugunsten der Gesellschaft- eingeschränkt
sein kann, ist ebenfalls kein Kriterium für eine
allgemeine Ablehnung oder Einschränkung des Prä-
sentationsrechts.

Auch aus dem Aspekt Präsentation bezügl. Ge-
schäftsführung oder Aufsichtsrat²⁰⁷ ergibt sich
nichts anderes.

Anknüpfend aber an die Einschränkung des Präsen-
tationsrechts durch die Treuepflicht stellt
sich die Frage, ob nicht grundsätzlich verschiede-
ne Betrachtungsweisen für die Übertragung des
Rechts auf Gesellschafter und Dritte angezeigt
sind.

²⁰⁵ Müller Erzbach S. 87 unter Hinweis auf RGZ
165, 79; Overrath S. 18

²⁰⁶ Außerstenfalls bleibt nur die rückwirkende
Vernichtung des Präsentationsrechts durch
Entzug oder Ausschließung. Siehe dazu Kap.
3 Teil A I, d

²⁰⁷ Auch hier trifft die von Nipperdey GmbHRSch 53.
146 zum BetrVerfG angestellte Überlegung zu:
Könnte die GmbH schon frei darüber entschei-
den, ob sie einen Aufsichtsrat bildet, so
muß es ihr erst recht freistehen, wie sie ihn
bildet.

1. Soweit einem Mitgesellschafter dieses Recht
eingeräumt ist.

Als zusammenfassenden Grundsatz aus den oben schon
angestellten Überlegungen kann man folgendes fest-
stellen:

Die Übertragung eines Präsentationsrechts stößt
bei einem Gesellschafter auf keinerlei grundsätz-
liche Bedenken.²⁰⁸

Die sich aus der allgemeinen Vertragsfreiheit er-
gebenden Grenzen gelten allerdings auch hier.
Untermauert wird dieses Ergebnis noch durch den
Vergleich mit dem Bestellungsrecht:

Während es streitig ist,²⁰⁹ ob ein Bestellungs-
bzw. Entsendungsrecht einem Dritten eingeräumt
werden kann,²¹⁰ wird Übereinstimmend die Gültig-
keit der Übertragung an einen Mitgesellschafter
bejaht.

Erkennt man aber das Bestellungsrecht als Plus
gegenüber dem Präsentationsrecht, so bildet
dies allein einen ausreichenden Grund für die
Zulässigkeit des Präsentationsrechts als subjek-
tives Recht eines Mitgesellschafters.

II. Möglichkeit der Übertragung an einen Nicht-
gesellschafter

Der Zweifel an der Zulässigkeit der Übertragung
des Präsentationsrechts an eine Dritte, außer-

²⁰⁸ Baumbach-Hueck § 6 Anm. 3 S. 47 u. Sudhoff,
GmbH-GF S. 5 gegenüber z.B. Grimm (Diss.) S.
30 m.w.N.

²⁰⁹ Eder in Handbuch RZ 480. 6 S. 220/10

²¹⁰ Verneinend z.B. Eder aaO u. Vogel, F.A.
(Diss.) S. 6, Zweifelnd Vogel, W. L. G.
bejahend z.B. Feine S. 559

halb der Gesellschaft stehende Person liegt an die Zweifel über die Zulässigkeit der Übertragung der Bestellungsrechts an. Findet sich bezügl. des Präsentationsrechts in der Literatur keine Behandlung des Problems, so beschäftigt man sich damit bei dem Bestellungsrecht doch häufiger. Ohne jetzt zu dieser Streitfrage ausführlich Stellung zu nehmen, gilt es die grundsätzlichen Unterschiede beider Meinungen festzuhalten.

Die Befürworter der Zulässigkeit²¹¹ sehen vor allen in die Eingliederung des Dritten in die interne Willensbildung²¹² und die Übertragung der Organstellung das entscheidende Kriterium²¹³. Dieser Meinung nach ist der Dritte damit nicht mehr "so ganz" außenstehend, die rechtliche und grundsätzliche Bindung an die Gesellschaft ähnelt in etwa dem Gesellschafterverhältnis.

Abgelehnt²¹⁴ wird die Übertragungsbefugnis auf Dritte meist damit, daß das Bestellungsrecht ein Mitgliedschaftsrecht sei²¹⁵, daß es unter der mitgliedschaftlichen Treuepflicht stehen müsse²¹⁶. Im Hintergrund steht dabei wohl das Bedenken, daß die Mitgliedschaft und die daraus entspringende Treuepflicht einen Bestellungsberechtigten eher an einem Mißbrauch hindern werde als

²¹¹ da sind z.B.: Altvater (Diss.) S. 48; Feine S. 474 u. 559; Fleck GmbHRSch 1970 S. 223 f., Hachenburg § 52 Anm. 16 S. 245; Harde (Diss.) S. 119, 125; Ulmschneider (Diss. S. 11, 15, 6,

²¹² Ulmschneider S. 11, Feine S. 474

²¹³ z.B. Ulmschneider aaO, Feine aaO, Fleck aaO

²¹⁴ z.B. Dietz Vortrag S. 14 f.; Eder in Handbuch RZ 480.6 S. 223, 10; Teichmann S. 196 f. m.w.N. Vogel, P.3. (Diss.) S.6; Vogel w. Seite 6

²¹⁵ Dietz u. Eder aaO, aber auch Müller-Erzbach S. 140

²¹⁶ Das klingt bei Dietz und Eder an.

jemanden, der dieser Treuepflicht jedenfalls nicht so und nicht in dem Maße unterliegt. Teichmann formuliert ganz klar die Gefahr, die selbst dann gegeben ist, wenn das Abberufungsrecht bei den Gesellschaftern verbleibt.²¹⁷

"Zwischen Ernennung und Abberufung kann der unerwünschte Geschäftsführer bereits zum Schaden der Gesellschaft gehandelt haben, und fremder Wille hat sich durchgesetzt."

Dieser Gefahr bezügl. eines Bestellungsrechts kann nicht durch den Hinweis auf die Intergration des Dritten in die Gesellschaftsorganisation begegnet werden. Sie besteht latent bei jeder Ausübung des Rechts durch den Dritten ganz einfach deshalb, weil die Gesellschaft sich ihres Einflusses auf die personelle Zusammensetzung der Verwaltungsorgane völlig begeben hat.²¹⁸ Hier liegt der Kernpunkt des Streits um die prinzipielle Zulässigkeit, genau in diesem Punkt aber unterscheidet sich das Präsentationsrecht auch vom Bestellungsrecht. Der Einfluß der Gesellschafter ist eben nicht völlig beseitigt, daß alleinige "Kreationsrecht" obliegt ihnen, das Auswahlrecht hingegen steht dem Dritten zu.

Damit kann aber die von Teichmann ausgesprochene Gefahrensituation nicht eintreten. Einen so völlig ungeeigneten Geschäftsführer, der zulässigerweise direkt wieder abberufen werden könnte, wird man eben erst gar nicht bestellen.

Gleichgültig also, ob der Präsentationsberechtigte der Treuepflicht unterliegt, ob er schon aus eigenem Interesse einen geeigneten Geschäftsführer präsentiert, die Gesellschafter selbst entscheiden über seine Organmitgliedschaft.²¹⁹

²¹⁷ Teichmann S. 197

²¹⁸ Ulmschneider (Diss.) S. 67

²¹⁹ Bezügl. des Montan-MitbestG kommt Kunze, *FuR* 1961, 231 bei Betrachtung des § 6 III Montan-MitbestG zu dem aus seinem Thema heraus: Ähnlichen Ergebnis. Er argumentiert zusätzlich noch mit der unbefristeten Weisungsfreiheit bei einer Präsentation.

Verweigern sie bei schwerwiegenden Bedenken die Bestellung, haben sie zwar u.U. keinen Geschäftsführer, das aber ist kein spezielles Problem, das durch einen Dritten in die Gesellschaft hineingetragen wird. Das geschieht auch schon bei Uneinigkeit zwischen zwei Hauptgesellschaftern. Für den abstrakten Akt der Bestellung, der die Gefahr und den Schaden allein mit sich bringt, ist der Dritte nicht zuständig.

Daher liegt auch kein Grund vor, das Präsentationsrecht an die Mitgliedschaft zu binden, es als reines Mitgliedschaftsrecht aufzufassen.

Selbstverständlich gelten auch hier die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit. Jedoch wird, wie schon oben dargelegt, eine Sittenwidrigkeit von vornherein selten zu bejahen sein.

Dem Dritten obliegt zwar keine Treuepflicht, jedoch wird er auf Grund der Übereinkunft zwischen ihm und der Gesellschaft, die der statutarischen Vereinbarung als dem Verfügungsgeschäft zu Grunde liegt, zu einer entsprechenden gesellschaftsfreundlichen Auswahl immer verpflichtet sein.

Da auch die Überlegungen zur Einschränkung des Stimmrechts nicht zu einer Abänderung der Entscheidung geeignet sind, bleibt es grundsätzlich bei der Feststellung, daß auch die Übertragung des Präsentationsrechts auf Dritte zulässig ist.

Aus grundsätzlichen Erwägungen spricht also nichts für eine Unterscheidung in der Zulässigkeit nach Gesellschafter und Dritten.

Unterschiedliche Betrachtungsweisen könnten sich jedoch ergeben, wenn man das Präsentationsrecht bezüglich Geschäftsführernstellen und Aufsichtsratsstellen jeweils auch unter Zugrundelegung spezieller gesetzlichen Regelungen betrachtet.

1. Präsentation der Geschäftsführer

- a) Bei der Präsentation der Geschäftsführer besteht bei der GmbH grundsätzlich kein Unterschied zwischen Gesellschaftern und Dritten als Berechtigten. Auch der Kreis der Personen, aus denen die Auswahl pflichtgemäß zu treffen ist, wird in allen Fällen derselbe sein. Es kann für einen Dritten allerdings kein größerer Spielraum bestehen als für den Mitgesellschafter. Dem steht nicht entgegen, daß man bei einem Dritten eher zu der Auslegung gelangen kann, daß sie diesem einen möglichst weiten Spielraum einräumen sollten. Die Übertragung eines Präsentationsrechts erfolgt in diesem Fall in Kenntnis der Tatsache, daß der Dritte weniger Eigeninteresse am Ertrag der Gesellschaft hat oder dieses Interesse nur mittelbar ist.²²⁰

Möglicherweise liegt in der Übertragung auch die Sanktionierung von Sonderinteressen, die nur z.T. mit dem Zweck der Gesellschaft übereinstimmen. Dennoch bleiben im Grundsätzlichen die Grenzen gleich. Wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt, kann das auszuwählende Organmitglied immer nur aus einem bestimmten, je nach Fall engeren oder weiteren Personenkreis kommen.

Auch unter dem Einfluß der Mitbestimmungsregelungen ändert sich nichts.

Soweit dort - ohne hier schon dem 5. Kapitel vor-

=

220

So z.B. eine ihren Kredit sichernde Bank, die hat durch die Einräumung des Präsentationsrechts ein gewisses "Sicherungsrecht" erhalten; über den Ertrag ist sie in der Lage, ihre Kreditzinsen u. Amortisationen sichern zu stellen.

greifen zu wollen- der direkte Einfluß der Gesellschafter auf die Person der Geschäftsführer ausgeschlossen ist, kann selbstverständlich auch ein von ihnen mit diesen Rechten ausgestatteter Dritter keinen Einfluß mehr nehmen. Wo demgegenüber die Gesellschafter ihre Wahlbefugnis behalten haben, können sie diese nach den allgemeinen Grundsätzen auch auf Dritte übertragen.

2. Präsentation des Aufsichtsrats

Etwas anderes könnte sich ergeben soweit das Präsentationsrecht auf eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat gerichtet ist.

Zwar ergibt sich hier aus dem GmbH-Recht heraus grundsätzlich keine Abweichung zur Präsentation der Geschäftsführer²²¹, vor allem gibt es beim fakultativen Aufsichtsrat nicht die Beschränkung des § 101 II AktG²²², weder bezüglich der zahlenmäßigen Beschränkung, noch, wie sich aus dem oben Dargelegten ergibt, hinsichtlich der Gesellschaftereigenschaft. Grundsätzlich kann man mit Nipperdey²²³ feststellen, daß die Gesellschafter, solange ihnen die Bildung des Aufsichtsrats freisteht, es völlig in der Hand haben, wie sie die Auswahl der Personen und die Bestellung regeln. Das ergibt sich auch schon daraus, daß der Aufsichtsrat normalerweise wesentlich geringere und weniger einschneidendere Befugnisse hat als die Geschäftsführer.²²⁴

²²¹ Der H.L. der Übertragung des Bestellungsrechts besteht der Streit hier wie da. Teichmann S. 199 (m.w.N.) macht allerdings beim Aufsichtsrat eine Einschränkung. Soweit ihm nur Kontrollrechte zustehen, soll ein Bestellungsrecht eines Dritten hier zulässig sein. Siehe auch Sudhoff GmbHRech 67. 159 (m.w.N.)

²²² siehe Hachenburg, § 52 Anm. 27 S. 255

²²³ Nipperdey GmbHRech 53. 146

²²⁴ Das ist wohl auch der Gedanke bei Teichmann aaO

Anders aber sieht die Situation bei mitbestimmten Gesellschaften aus. Alle Mitbestimmungsregelungen gehen vom Aufsichtsrat als dem Gremium aus, wo die Einflüsse von Kapital und Arbeit in der Gesellschaftsleitung zusammenfließen.

Den geringsten Eingriff in das Recht der Gesellschafter stellt das BetrVerfG dar.

Vor Einführung des neuen AktG'65 war es schon zweifelhaft inwieweit Gesellschaftern ein Bestellungsrecht eingeräumt werden dürfte.²²⁵ Bezüglich Dritter wurde es schon damals z.T. grundsätzlich abgelehnt.²²⁶ heute ist es durch die Aufzählung der Vorschrift des § 101 II AktG wohl abzulehnen.²²⁷ Für das Montan-MitbestG und MitbestergG sowie dem MitbestG gilt in der Beziehung auch nichts anderes,²²⁸ jedenfalls ist eine Übertragung des Bestellungsrechts über ein Drittel hinaus nicht möglich.^{228a}

Es ist fraglich, ob für das Präsentationsrecht dasselbe gilt.

Sieht man die Verneinung des Bestellungsrecht für Dritte in dem starken Einfluß, den dieses Recht gewährt, gilt diese Argumentation jedenfalls nicht in dem Maße für das Präsentationsrecht.

Ein Minimum an Einfluß bleibt bestehen. bei der GmbH sollte dies für eine grundsätzliche Zulässigkeit auch genügen.²²⁹

²²⁵ Einen grundlegenden (zustimmenden) Aufsatz hat Nipperdey aaO verfaßt. Er hat sich aber weder in der Lit. (Zit. bei Nipperdey u. Greiffenhagen (Diss.)) noch in der Gesetzgebung durchsetzen können.

²²⁶ siehe z.B. Dietz, Festschr. S. 705

²²⁷ siehe dazu Greiffenhagen, (Diss.) S. 76 ff mit beachtlichen Gründen gegen diese Entscheidung.

²²⁸ Kunze. AuR 56, 258 mit Hinweis auf Kötter § 5 Anm. 4b bejaht allerdings die Übertragung eines Bestellungsrechts im Rahmen des § 88 AktG'37 (= 101 AktG'65)

^{228a} Offengelassen in BGH. DB 1975 S. 1548 ff. für die GmbH auf Grund der größten Gestaltungsfreiheit von Th. Raiser in der Besprechung dieser Entscheidung in ZGR 76, S. 108 f

²²⁹ Ausführliche Erörterung und Begründung im 5. Kapite

2. Prüfling über das Aufsichtsratsrecht

Mittels der Präsentationsrechte sollte es daher bei einer GmbH möglich sein, einem Dritten einen abgesicherten Einfluß auf die Aufsichtsratsbesetzung zu geben und zwar bis maximal zur Grenze des Einflußbereichs der Gesellschafter.

Aus dem Unterschied Bestellungsrecht / Präsentationsrecht heraus ergibt sich auch im Bereich der Mitbestimmung keine Unterscheidung bei der grundsätzlichen Zulässigkeit zwischen Gesellschaftern und Dritten als Berechtigten.

Zusammenfassend läßt sich folgendes feststellen:

- 1.) Ein Präsentationsrecht ist, ohne Unterschied, ob es einem Dritten oder einem Gesellschafter eingeräumt wird, grundsätzlich zulässig.³⁰
- 2.) Es bestehen für das Präsentationsrecht aber die vertraglichen Schranken, so daß im Einzelfall eine Präsentation unwirksam oder die Übertragung des Rechts nichtig sein kann.
- 3.) Bezüglich der Mitbestimmungsregelungen gilt:
 - a) Präsentationsrechte sind im Bereich derjenigen Mitbestimmungsregelungen unzulässig, die die direkte Einflufnahme der Gesellschafter auf die personelle Zusammensetzung der Geschäftsführung ganz beseitigen.
 - b) Präsentationsrechte sind u.U., jedenfalls ohne Unterscheidung nach Gesellschaftern oder Dritten, soweit zulässig, soweit die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats reicht.

³⁰ OLG Karlsruhe, GmbHRspr. IV § 4 Nr. 2:
Das Gesetz verbietet nirgends, diese Wahlrechtsform zu wählen.

³¹ 228/6
Für grds. zulässig erachtet.

C. Präsentationsrecht und Anstellungsvertrag

Bislang wurde das Präsentationsrecht nur aus dem Gesichtspunkt der Bestellung betrachtet. Ganz allgemein unterscheidet man zwischen der Bestellung und der Anstellung.²³¹

Dabei ist die Bestellung nach absolut h.M. der sozialrechtliche Akt, der die Rechtsstellung als Geschäftsführer begründet²³², den Bestellten zum Organ und gesetzlichen Vertreter der GmbH macht.²³³

Durch den Anstellungsvertrag wird demgegenüber das innere Verhältnis des Geschäftsführers oder Aufsichtsrats zur GmbH geregelt.²³⁴

Die grundsätzliche Problematik des Präsentations- sowie des Bestellungsrechts spielt sich immer im Bereich der reinen Bestellung ab, dort ergeben sich aus dem Wirkungsbereich für die Gesellschaft nach außen hin Zweifelsfragen.

Demgegenüber ist das Innenverhältnis zwischen Organ und Gesellschaft meist weniger interessant, da es immer nur diese beiden Personen betrifft und es ein allgemeiner schuldrechtlicher Vertrag zwischen zwei Parteien ist, der nach den allgemeinen Grundsätzen auszulegen ist.

Die Arbeit kann und konnte sich daher nahezu völlig auf die Betrachtung des körperschaftlichen Aktes konzentrieren. Anstellungsverträge sind typische Einzelverträge, die aus der jeweiligen Situation und unter den individuellen Verhältnissen der Parteien entstehen und daher keine näheren Erfassung und Unterteilung zugänglich sind.

²³¹ Siehe z.B. Plander, GmbHRSch 68, 197 -202 u. Sudhoff, GmbH-GF S.8; jeweils m.w.N.

²³² Immenga S.93 und Brodmann § 46 Anm. 2 A. 185

²³³ Sudhoff aaO

²³⁴ Sudhoff aaO

Die beim Präsentations- und Bestellungsrecht einzig relevante Frage ist die, wer einen solchen Vertrag abschließen soll.²³⁵

Diese Frage ist insofern von einer gewissen Bedeutung, da eine Abhängigkeit der bestellten oder präsentierten Person über den Bestellungs- oder Präsentationsakt zunächst nicht gegeben ist, eine Weisungsgebundenheit mit diesem Akt nicht gekoppelt ist.

Läßt man den Bestellungs- oder Präsentationsberechtigten auch noch den Anstellungsvertrag formulieren und für die Gesellschaft schließen kann das durchaus dazu führen, daß der betreffende Organwalter de facto zu einem Organ des Bestellenden oder Präsentierenden wird.

Ob ein solch weitgehender Einfluß tatsächlich gewollt ist, stellt m.E. eine Frage des Einzelfalls dar.²³⁶

Man wird im Einzelfall, falls es im Statut keine ausdrückliche Regelung gibt zu entscheiden haben, ob auch die gesellschaftsinternen Beziehungen zum Präsentierten durch den Berechtigten geregelt werden sollte. Dies wird man selbst beim Bestellungsrecht so ohne weiteres nicht annehmen können. Der weitaus wichtigste Einfluß liegt in der Auswahl der Person, alles andere läßt sich am besten durch die mit der gesellschaftlichen Organisation befaßten Person regeln.

Im Normalfall wird man m.E. zu folgerndem gelangen müssen:

1. Da der Präsentierte (oder Bestellte) Organ der Gesellschaft ist, muß auch ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Präsentierten bestehen.

²³⁵ Siehe dazu z.B. Greiffenhagen (Diss.) S. 109

²³⁶ So wohl auch Sudhoff in Anmerkung zu OLG Hamburg, GmbHRsch 60, 166

2. Dieses Rechtsverhältnis wird normalerweise gewisse Bedingungen, Rechte und Pflichten enthalten, die der Gesellschaft notwendig erscheinen, d.h., die z.B. der Koordination der Organe und Organwähler untereinander entspringen.
3. Daraus resultiert, daß z.B. die Frage der Bezahlung viel besser von der Gesellschaft, d.h., den Geschäftsführern oder der Gesellschafterversammlung, geregelt werden kann, als von dem Präsentationsberechtigten. Auch ohne daß der Präsentationsberechtigte den Anstellungsvertrag formuliert und abschließt, ist sein Einfluß groß genug, er braucht nur den zu Präsentierenden, bei dem er sicher sein kann, daß dieser seine Weisungen auch befolgt.

Anders jedoch könnte das Ergebnis lauten, wenn man von vornherein oder nach einschlägiger Erfahrung mit einem Vertragsangebot zu rechnen hat, daß der Präsentierte nicht anzunehmen gewillt ist.

Da durch die Präsentation allein keinerlei vertragliche Beziehungen -weder zum Präsentierenden noch zur Gesellschaft- herbeigeführt werden, hängt es nach erfolgter Bestellung hauptsächlich von den vertraglichen Abreden ab, ob der erstrebte Erfolg auch herbeigeführt werden kann.

Sind die Gesellschafter nicht bereit, dem Präsentierten annehmbare Bedingungen zu gewähren, so wird dieser wohl kaum seine Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellen, der etwa bereits erfolgten Bestellung würde eine sehr zeitige Abberufung zwangsläufig folgen.

Als Lösung könnte man jedenfalls für solche, vorhersehbaren Fälle dem Berechtigten sogleich das Recht zum Abschluß des Anstellungsvertrags zuerkennen, es ihm jedenfalls nach entsprechendem Fehlverhalten der Gesellschaft zubilligen.

Damit ginge man jedoch über die im Normalfall eindeutige Kompetenzabgrenzung hinaus.

Mit dem Präsentationsrecht wird lediglich das Recht zur Auswahl und die Pflicht zur Bestellung begründet, nicht das Recht auf Abschluß eines bestimmten

Vertrags mit dem Präsentierten.

Ausfluß dieses Rechtes ist jedoch, daß nach Treu und Glauben der Präsentierte, wie jeder vergleichbare Organwalter zu behandeln ist, daß ihm weder eine ungünstigere Dotierung noch sonstige, ihm vergleichsweise schlechterstellende Klauseln angetragen werden dürfen.

Der Präsentationsberechtigte hat daher zum Schutze seines Rechts und zur Herstellung des bei Begründung angestrebten Erfolgen ein eigenes subjektives Recht darauf, daß die Gesellschaft einen vergleichbaren, mit üblichen Bedingungen versehenen Vertrag mit dem Präsentierten abschließt.

Dieser Anspruch kann von ihm selbst auch gerichtlich durchgesetzt werden, ob der Präsentierte selbst daneben noch Ansprüche gegen die Gesellschaft aus einem faktischen Vertragsverhältnis hat, ist dabei gleichgültig.

Soweit sich im Einzelfall nichts anderes ergibt, schließt danach die Gesellschaft, üblicherweise durch den Aufsichtsrat oder die Gesellschafterversammlung, den Anstellungsvertrag.²³⁷

Der Präsentationsberechtigte hat als Ausfluß seines ihm eingeräumten Rechts einen eigenen Anspruch darauf, daß dem Präsentierten unüblichen, ihm vergleichsweise ohne sachlichen Grund benachteiligenden Klauseln abverlangt werden. Soweit vergleichbare Positionen bereits besetzt sind oder waren oder sich für vergleichbare Positionen bei ähnlichen Gesellschaften bestimmte Verträge herausgebildet haben, muß ihm ein klagbares Recht auf Abschluß eines solchen Vertrages zuerkannt werden.

²³⁷ Siehe z.B. Greiffenhagen aaO

D. Abberufungsrecht als Annex zum Präsentationsrecht?

Ein weiterer Komplex der gesellschaftsrechtlichen Erfassung des Präsentationsrechts stellt die Frage nach der Abberufung des Präsentierten dar.

Die Einordnung des Präsentationsrechts und die Rechtsgültigkeit ergibt die eine Seite des Problems. Hier geht es jetzt darum, ob der Präsentierte nach Erfüllung des Präsentationsrechts beliebig oder etwa überhaupt nicht abberufen werden kann, welches eine Frage unter anderem der Absicherung des Präsentationsrechts darstellt.

Dieses Recht würde als Recht zur Farce werden, könnten die Gesellschafter in derselben Versammlung, wo sie die Bestellung des Präsentierten beschließen, auch dessen Abberufung herbeiführen.²³⁸

Zwar kann eine Widerruflichkeit nicht vollständig ausgeschlossen werden²³⁹, das aber wird auch mit der Vereinbarung eines Präsentationsrechts, solange über die Abberufung nichts gesagt wird, auch nicht gewollt sein. Wenn also grundsätzlich eine Abberufung möglich sein soll, so ergibt sich die Frage, wer für die Abberufung zuständig sein soll und welche Gründe ausschlaggebend sein sollen. Das steht natürlich unter der Voraussetzung, daß eine andersartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nicht enthalten ist. Schon um Schwierigkeiten und Streitigkeiten²⁴⁰ zu vermeiden, ist eine klare, vertragliche Regelung immer zu empfehlen. Problematisch und zweifelhaft wird es, wenn im Statut ein Präsentationsrecht vereinbart wurde, über die

²³⁸ So auch bezügl. des Bestellungsrechts, Brodmann § 45 Anm. 1 S. 178

²³⁹ So schon RGZ 124, 379 f; § 38 II GmbHG ist wohl eindeutig

²⁴⁰ Siehe Fischer BB 62. 824

Abberufung aber nichts gesagt wurde

Hier ist es jetzt eine Frage der Auslegung, deren auch ein Gesellschaftsvertrag fähig ist,²⁴¹ ob mit Vereinbarung eines Präsentationsrechts die Abberufung irgendwie betroffen wird.

Es wäre sowohl möglich, daß die Gesellschafter die gesetzliche Regelung des § 38 GmbHG unverändert gelten lassen wollten oder daß sie hier -ebenso wie beim Zustandekommen der Bestellung- konkludent eine gewisse Abweichung vom gesetzlichen Normalfall auch in der Abberufung vereinbarten wollten.

Es handelt sich hier um die Ergänzung eines unvollständig erklärten Willens²⁴²; zu fragen ist was die Gesellschafter, wenn sie diesen Punkt ausdrücklich geregelt hätten, vereinbart haben würden.

Ziel und Wirkung der Abberufung ist Aufhebung des Organwalterverhältnisses²⁴³. Soweit die Gesellschafter, d.h. die Gesellschafterversammlung, zuständig ist, muß sie einen Abberufungsbeschluß fassen²⁴⁴, der dann eine Willenserklärung der Gesellschaft, gerichtet auf Aufhebung des Organwalterverhältnisses, darstellt.²⁴⁵

Die Abberufung ist somit als einseitiger Akt der Gesellschaft die genaue Kehrseite der Bestellung.²⁴⁶

²⁴¹ Z.B. RGZ 137, 205 (309); Hachenburg, § 2 Anm. 18 S. 148 RGZ 165, 68 (73)

²⁴² Was auch im Gesellschaftsvertrag möglich ist Hachenburg aaO

²⁴³ BHH BB 68, 560 u. Natzel, BB 1964 1181

²⁴⁴ Natzel aaO

²⁴⁵ BGH u. Natzel aaO

²⁴⁶ Natzel aaO

Genauso, wie die Satzung das Recht der Bestellung einer anderen Stelle zuweisen kann, ist es möglich, die Zuständigkeit für die Abberufung anders zu regeln.²⁴⁷

In beiden Fällen würden diese Stellen zu Organen der Gesellschaft.²⁴⁸

Wenn es auch nahe liegt, daß ein besonderes, nur für die Bestellung eingesetztes Organ auch für die Abberufung zuständig ist²⁴⁹, so erscheint dieser Schluß doch nicht zwingend²⁵⁰.

Nimmt man jedoch den Gedanken der Absicherung hinzu,²⁵¹ so wird man im Zweifel sagen können, daß ein für die Bestellung eingesetztes Organ auch für die Abberufung zuständig ist.²⁵²

Anders formuliert heißt das, daß der Einfluß auf die Person der Organwalter nicht bei der Einsetzung zum Organ aufhört, sondern bis zur Beendigung gleich stark bleibt.

Ein zur Bestellung eingesetztes Kurationsorgan hat es nach dem Willen der Gesellschafter bezügl. der Organwalterstelle selbst in der Hand, sie nach seinem Gutdünken zu besetzen.

²⁴⁷ Wittek (Diss.) S. 58 f, Feine S. 506; Harde (Diss.) S. 121f; Sudhoff GmbHRsch 73, 195

²⁴⁸ Siehe z.B. schon Molitor, Festschr. S. 59 Harde (Diss.) S. 137

²⁴⁹ Wittek aaO S. 62

²⁵⁰ So auch Sudhoff in Anm. zu OLG Hamburg GmbHRsch 60, 186. Es kann durchaus das eine oder das andere übertragen werden.

²⁵¹ Worauf Wittek aaO besonders verweist.

²⁵² h.M.: Siehe z.B.: Baumbach-Hueck § 38 Anm.2 B S. 180; Brodmann § 38 Anm.2 c S.157¹ Fichtner BB 62, 822 (mwN) Groschuff § 38 Anm.1 S. 180 f; Hachenburg § 52 Anm.25 S.250 (für den AR); Sudhoff, GV der GmbH S.189; Vogel, H. § 38 Anm.3 S. 204 Grds. Bedenken dagegen bei Bergmann, NJW 53, 96 ff, der eine Vereinigung von Entsendungs- und Abberufungsrecht in einer Hand wegen der zu großen Machtfülle ablehnt; seiner Meinung nach wird der Entsandte damit zum Organ des Entsendenden, was sich mit dem Wesen der GmbH nicht verträgt. Er hält diese Konstruktion daher für nichtig. Hier mag die Frage dahinstehen.

Dazu gehört -von den absoluten Schranken jeder Einflußnahme abgesehen- auch das Recht die gewählte Person abzubерufen und neu einzusetzen.

Soweit die Gesellschafter dem Bestellungsberechtigten so weitgehende Rechte nicht einräumen wollen, sind sie dann in der Lage, bezüglich der Abberufung eine andere Zuständigkeit zu vereinbaren.

Grundsätzlich muß aber gesagt werden, daß die Übertragung der Auswahl eines Organwalters, soweit sie im Gesellschaftsvertrag generell für einen bestimmten Posten vorgenommen wird, nicht auf die spezielle Wahl beschränkt ist.

Es ist also nicht etwa ein Recht, da jeweils dann ausgeübt wird, wenn eine entsprechende Neubesetzung der Stelle erfolgt.

Das Einflußrecht auf die Person beinhaltet vielmehr eine ständige Einflußnahme. Dies geschieht dadurch, daß eine oder mehrere Stellen in der Besetzung vom Willen des Einflußnehmers permanent abhängen.

Das bedeutet, daß, soweit die statutarische Einflußnahme reicht, diese Stelle nur nach dem Willen des Berechtigten besetzt werden kann. Hat der Berechtigte das Vertrauen zu "seinem" Organwalter verloren, ist die Stelle nicht mehr seinem Willen gemäß besetzt.

Ist ihm jetzt ein Bestellungsrecht eingeräumt, so heißt das:

Die Besetzung der bestimmten Stelle ist allein dem Einfluß des Berechtigten unterworfen. Damit wurde jegliche Einflußnahme -von Ausnahmen abgesehen- der Gesellschafter auf die Organbesetzung übertragen.

Diese Übertragung muß dann aber auch das Abberufungsrecht mit einschließen, da sonst eine Abberufung entweder überhaupt nicht oder auch gegen den Willen des Berechtigten möglich wäre.

Beides aber ist nicht gewollt. In einer so starken Einflußübertragung liegt daher konsequent mehr außer der Kreation und der Auswahl auch die Abberufung; nur so kann eine ständig allein vom Willen des Berechtigten abhängige Besetzung der Organwalterstelle erreicht werden. Genau darauf zielt aber der Wille der Gesellschafter ab, wenn sie die Bestellung übertragen und die Abberufung nicht anders regeln.

Beim Präsentationsrecht gilt diese Überlegung. Unterschiedlich geregelt wird hier die Auswahl und Kreation. Die Kreation verbleibt bei den Gesellschaftern, die Auswahl trifft der Präsentationsberechtigte.

Die Besetzung des Geschäftsführers- und Aufsichtsratspostens hängt also nicht einzig und allein vom Willen des Präsentationsberechtigten ab, sondern die Gesellschafter selbst müssen ihren Willen erklären, den Präsentierten als ihr Organ aufzunehmen.

Bestellungsrecht und Auswahlrecht fallen hier auseinander:

Die Auswahl der Personen für die Stelle trifft der Berechtigte nach seinem Gutdünken, Organeigenschaft verleiht aber erst die Gesellschafterversammlung. Diese hat nicht das Recht, eine eigene Person auszuwählen, sondern nur die Möglichkeit den Präsentierten zu bestellen oder nicht zu bestellen.

Vom Willen der Gesellschafter also ist es abhängig, ob die konkret zur Bestellung präsentierte Person Organ wird.

Vom Willen des Berechtigten jedoch ist es abhängig, welche Personen präsentiert werden und damit bestellt werden können. Es wird also normalerweise immer eine Person sein, die vom Berechtigten ausgewählt wurde.

Das bedeutet:

Nur das Ja- oder Neinsagen obliegt der Gesellschafterversammlung.

Die Person des zu präsentierenden Geschäftsführers oder Aufsichtsrats muß aber immer dem Wunsch der Berechtigten entsprechen.

Entspricht sie nicht mehr seinem Wunsch, so muß, genau wie bei der Bestellung, noch die Willenserklärung hinzukommen, um auch die Beseitigung der Organstellung durchzuführen. Die hier gegenüber dem Bestellungsrecht größere Einflußnahme der Gesellschaft bezieht sich somit bei Bestellung und Abberufung auf den körperschaftlichen Akt.

Beim Präsentationsrecht bleibt daher die Gesellschafterversammlung für den Widerruf bzw. die Abberufung zuständig.²⁵³

Wie der Gesellschaft bei der Übertragung des Abberufungsrechts mit dem Bestellungsrecht das Recht verbleibt, die Abberufung zu verlangen,²⁵⁴ so kann hier der Präsentationsberechtigte dasselbe von der Gesellschaft verlangen.

Da der Berechtigte aber allein für die Auswahl des Organwalters zuständig ist, ergibt sich für die Gesellschaft grundsätzlich die Pflicht zur Abberufung, wenn dieser mit der getroffenen Wahl nicht mehr einverstanden ist.²⁵⁵

Insoweit besteht hier, aus den Intensität der Funktionsübertragung folgend ein völlig gleicher Einfluß auf Bestellung und Abberufung.

²⁵³ Zum selben Ergebnis gelangt auch Harde (Diss.) S. 64. Ob damit allerdings, wie er meint, die freie Widerruflichkeit uneingeschränkt besteht, soll unten Kap. 4 untersuchen.

²⁵⁴ so z.B. Bergmann NJW 53, 95

²⁵⁵ Sieht man das Recht in § 6 Montan-MitbestG als eine gesetzl. Normierung des Präsentationsrechts an, so muß, auch bei fehlender Regelung, eine Abberufungspflicht der Haupt- oder Gesellschafterversammlung bestehen.

Entgegen Dietrich (Diss.) S. 134 u. den dort einzeln Aufgeführten meine ich daher, daß eine Abberufungspflicht besteht u. zwar aus den S.G. Gütman. Es ändert sich nichts daran, daß wir es mit Montan-MitbestG mit einer gesetzl. Normierung zu tun haben. Es bleibt jedenfalls beim selben Grundgedanken. 456-

Daß u.U. verschiedene Rechtsfolgen aus Jeweiligen Fehlverhalten zwischen Bestellung und Abberufung entstehen, soll unten (3. u. 4. Kap.) noch untersucht werden.

Gilt das oben Gesagte rein grundsätzlich, so fragt es sich doch, ob nicht zwischen Gesellschaftern und Dritten ein Unterschied zu machen ist und ob eine derartige Regelung überhaupt zulässig ist. Allein schon aus dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit könnten hier Zweifel auftreten, Zweifel die anknüpfen an eine zu weitgehende Machtübernahme von Einzelpersonen oder Gruppen.

Wir befinden uns hier noch im Bereich der Auslegung des Gesellschaftsvertrags und Hilfsmittel dazu ist hauptsächlich die Tatsache der Übertragung des Präsentationsrechts. Da Ziel der Auslegung immer sein sollte, so fern eine mehrfache Deutung möglich ist, ein Ergebnis zu finden, daß die Gültigkeit bejaht,²⁵⁶ könnte insoweit hinsichtlich der Abberufung für die Mitgesellschafter eine weitergehende Zuständigkeit begründet sein als für Dritte.

I. Der Mitgesellschafter

Grundsätzlich bestehen Bedenken über die Zulässigkeit bei Gesellschaftern in geringerem Umfang als bei Dritten.

Das resultiert daraus, daß der Gesellschafter im Rahmen seiner grundsätzlich anerkannten Treuepflicht an bestimmte Verhaltensweisen gebunden ist, welche von einem Dritten weder in dem Maße noch in dem Umfang verlangt werden können. Darüberhinaus hat der Gesellschafter über seinen Anteil ein gewisses Eigeninteresse am florierenden Geschäftsablauf, so daß auch aus diesem Grunde heraus sich für ihn bestimmte Handlungsweisen verbieten.

²⁵⁶ RGZ 137, 305 ff (309); 165 68 (78) u. Hachenburg § 2 Rdn. 119 ff (7. Auflage)

Insoweit könnte man bezüglich des Präsentationsrechtes dieses sogar noch durch die Übertragung des alleinigen Abberufungsrechts verstärken, den Einfluß damit intensivieren.²⁵⁷

Wie weit geht der zukünftige Einfluß des Gesellschafters auf den Widerruf aber wirklich?

1. Einflußnahme des Gesellschafters bezüglich der Abberufung

a) Bei Übertragung des alleinigen Widerrufsrechts.

Nimmt man auch hier die Betrachtung des Bestellungsrechts als des weitergehenden Rechts vorweg, so gelangt man zu folgendem Ergebnis:

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen die Übertragung sowohl des Bestellungs- wie auch des Widerrufsrechts²⁵⁸. Bedenken werden lediglich angemeldet soweit die Gesellschafter dann auch nicht mehr zum Widerruf aus wichtigem Grund zuständig sind.²⁵⁹

Aus der Systematik des § 38 GmbHG ist das auch durchaus folgerichtig. Während der Widerruf ohne wichtigen Grund völlig ausgeschlossen sein kann, muß er aus wichtigem Grund jederzeit möglich sein (§ 38 II).

Die Übertragung des Widerrufs auf ein anderes Organ ist aber ein Minus in Bezug auf den völligen Ausschluß, selbst wenn das de facto damit erreicht ist.

Bei wichtigem Grund aber soll der Widerruf - allein wegen der Gefahrensituation, die das Vorliegen eines wichtigen Grundes immer mit sich bringt - nicht von einem Einzelnen oder einer bestimmten Gruppe abhängig sein.

²⁵⁷ Das schlägt z.B. Sudhoff GmbHRSch 73, 195 vor.

²⁵⁸ Wenn man von der oben (Fn.242) geschilderten Ansicht Bergmanns aaO absieht, welche aber m.E. jedenfalls für die GmbH deshalb ihrer Grundlage entbehrt, weil die Gesellschafter dort wesentlich freier in Anpassung ihrer Gesellschaft sind als bei der AG. Grds. bestehen aus Übertragung des Bestellungs- sowie des Widerrufsrechts kein besonderer Bedenken. Die allgemeinen Grenzen für die Bindung eines Organs persönlich bestehen allerdings auch für die GmbH.

²⁵⁹ z.B. H. Lehmann, § 35 Anm.42 Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 für den IR (m.w.N.)

Deshalb muß man dann den Gesellschaftern zumindest neben dem Abberufungsorgan die Zuständigkeit zusprechen.

Es ergibt sich daraus folgendes:

Soweit dem Gesellschafter zusätzlich zum Präsentationsrecht noch die Abberufungsbefugnis zugesprochen wird, bedeutet das eine über das normale Präsentationsrecht hinausgehende Machtbefugnis. Sie ist insoweit zulässig, als sie dem Widerruf ohne wichtigen Grund betrifft. Bei Abberufung aus wichtigem Grund besteht zumindest neben dem Gesellschafter die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung; zum Widerruf.

b) Wenn keine besondere Vereinbarung getroffen wird. Wird demgegenüber keine besondere Vereinbarung über die Abberufung getroffen, bleibt es bei obigem Ergebnis.

Der Gesellschafter hat das Recht, analog zur Präsentation selbst mit bindender Wirkung für das Abberufungsorgan die Abberufung zu verlangen.

Hier besteht nicht das Bedenken aus § 38 11 GmbHG da hier ja die Gesellschafter für den Widerruf allein zuständig sind.

Ob ein Widerruf ohne oder gegen den Willen des Berechtigten letztendliche Wirksamkeit hat, ist dabei eine andere Frage.

Mit der Abberufung ist der Organwaller jedenfalls zunächst nicht mehr Organ der Gesellschaft.

2. Pflicht, die Abberufung vorzunehmen bzw. zu verlangen

Der Übertragung des Rechts zur Abberufung könnte die Pflicht korrespondieren, diese Abberufung auch vorzunehmen.

Soweit eine Übertragung des Abberufungsrechts stattgefunden hat, wurde schon gesagt, daß die Gesellschafter dann selbst keine Befugnis zur Beseitigung des Organs haben.

Sie müssen vielmehr das Abberufungsorgan ersuchen, den Widerruf vorzunehmen. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn die Umstände auf eine reine Delegation der Befugnis deuten. Dann können sie selbst, allerdings erst, wenn das entsprechende Organ nicht tätig geworden ist, den Widerruf erklären.

Haben die Gesellschafter objektiv schwerwiegende Gründe, die Abberufung zu verlangen, so wird man eine Pflicht des Abberufungsberechtigten bejahen müssen, die Abberufung vorzunehmen. Stellen diese Gründe wichtige Gründe im Sinne des § 38 II GmbHG dar, so haben die Gesellschafter dann, wenn der Berechtigte nicht entsprechend reagiert, selbst die Befugnis zur Abberufung.

Wenn zur Abberufung nichts gesagt wird, obliegt den Gesellschaftern das Widerrufsrecht.

Da die Auswahl des Organwalters aber nicht in ihre Zuständigkeit fällt, können sie auch normalerweise eine der Wahl des Präsentationsberechtigten entsprechende Person nicht ohne weiteres abberufen.

Solange der Berechtigte den einmal Präsentierten als Person seiner Wahl angibt, ist die Stellsatzungsmäßig besetzt.

Eine Abberufung würde diesen Zustand beseitigen. Die freigewordene Stelle müßte dann wieder mit einem vom Berechtigten Präsentierten besetzt werden, was zur Wiederherstellung der normalen Verhältnisse führen würde.

Kann aber die erwünschte Wirkung für alle erkennbar durch die Abberufung letztendlich nicht erzielt werden, ist sie unsinnig. Die Abberufung, heißt in dem Falle nur den Effekt, eine Organwalterstelle

vorübergehend unbesetzt zu lassen.

Da die Satzung mit Einführung des Präsentationsrechts vorschreibt, diese Stelle nach Wahl des Präsentationsberechtigten zu besetzen, wäre ein Abberufung des Ausgewählten außerdem ein klarer Verstoß gegen die Satzung und damit u.U. unzulässig.²⁶⁰ Eine Besetzung nach Wahl des Präsentierten lag ja vor.

Daraus folgt, daß vereinbarterweise eine Abberufung nur auf Wunsch des Präsentationsberechtigten erfolgen kann. Dann nämlich ist die Stelle nicht mehr mit der Person seiner Wahl besetzt. Zur Herstellung eines satzungsmäßigen Zustandes ist dieser Widerruf dann erforderlich.

Eine Ausnahme muß aber im Fall eines wichtigen Grundes gelten.

In dem Fall wäre der Gesellschafter verpflichtet die Abberufung zu verlangen. Ein wichtiger Grund erfordert die Abberufung notwendig. Hier wäre es wohl formalistisch, wenn man die Gesellschafter dann zwingen würde, erst einmal abzuwarten, ob der Präsentationsberechtigte sich entsprechend rührt. Spricht man schon bei der Übertragung des Abberufungsrechts den Gesellschaftern bei einem wichtigen Grund ein eigenes Widerrufsrecht zu, so bedeutet das hier, daß sie ohne vorherige Zustimmung die Abberufung zulässigerweise vorzunehmen berechtigt sind.

II. Bei Nichtgesellschaftern

Bei der Übertragung des Präsentationsrechts auf Dritte ist es fraglich, ob eine entsprechend weitgehende Übertragung des Widerrufs überhaupt

²⁶⁰ Siehe dazu oben unten 2. Kapitel

zulässig ist. Auch hier gibt die Regelung bei der Übertragung des Bestellungsrechts gewisse Anhaltspunkte

1. Die Möglichkeit der alleinigen Berechtigung

Es ist fraglich, ob man einem Nichtgesellschafter das alleinige Abberufungsrecht übertragen kann. Würde bei einem Gesellschafter diese Möglichkeit - und damit auch eine mögliche Ausweitung des Präsentationsrechts - grundsätzlich bejaht, stößt dies bei einem Dritten auf starken Widerspruch.

Bei der Übertragung des Abberufungsrechts auf einen Dritten sind die Meinungen geteilt.²⁶¹

Die wohl h. M. lehnt eine so weitgehende Befugnis des Dritten ab.²⁶²

Begründet wird das u. a. damit, daß es sich mit dem Wesen der GmbH nicht vereinbaren ließe.²⁶³

Wenn das bezüglich des wichtigen Grundes verständlich ist, so bleibt es doch fraglich, ob das in der Allgemeinheit immer gilt.

Es wird von niemandem für bedenklich gehalten das Widerrufsrecht ohne wichtigen Grund ganz auszuschließen oder aber einem Mitgesellschafter zu übertragen.

Dann ist es aber nicht verständlich, warum nicht auch ein Dritter ohne wichtigen Grund die einzig zuständige Abberufungsstelle sein soll. Genauso wie er bei der Übertragung der Bestellung zum Organ

²⁶¹ Befürwortend z. B. Harde (Diss.) S. 119 u. S. 157 f. Molitor Festscr. S. 59, Bondi S. 281. Unschneider (Diss.) S. 16 f. Nicht ganz deutlich Hachenburg § 52 Anm. 25 S. 250 mit Einschränkung bei einem wichtigen Grund. Wieland, S. 158 f. (mwN) will nur ein Abberufungsrecht des Dritten neben der Gesellschaft zulassen.

²⁶² Grunds. ablehnend: Baumbach-Hueck § 38 Anm. 2 B S. 180; Feine S. 475; Scholz § 6 Anm. 6 S. 109 u. § 38 Anm. 7 S. 422; Sudhoff GmbH-GF S. 28 ders. GV der GmbH S. 189 u. 201 u. Vogel H. § 38 Anm. 3 S. 204; Brodmann § 38 Anm. 2 c S. 157 zählt auch hierzu, denn nach ihm ist ohnehin immer nur eine Delegation möglich d. h. die letzte Entscheidungsbefugnis liegt immer bei den Gesellschaftern.

²⁶³ Baumbach-Hueck aaO u. Vogel aaO

wird muß er es bei Abberufungsbefugnis auch werden.²⁶⁴

Damit steht er aber nicht mehr dermaßen außerhalb daß man Bedenken haben müßte.²⁶⁵

Er wird in die innere Organisation integriert und damit Drittorgan.

Nur für den Widerruf aus wichtigem Grund muß etwas anderes gelten. Wenn hier schon einem Gesellschaftler nicht das alleinige Abberufungsrecht zustehen werden kann, dann auch nicht einem Dritten.

Es reicht aber zur Sicherung der Gesellschaft aus der GmbH neben dem Dritten ein Widerrufsrecht zuzugestehen. Es liegt lediglich ein innerer Zwang vor die Gesellschaft vor einem völlig untauglichen Organwalter zu schützen und nicht einen tauglichen vor unnötiger Abberufung zu bewahren.²⁶⁶

2. Abberufungsverlangen mit bindender Wirkung

Kann also für einen Dritten das Präsentationsrecht durch ein alleiniges Abberufungsrecht gesichert werden, so gilt dasselbe auch bezüglich des bindenden Abberufungsverlangens. Schon hinsichtlich der Abberufungsbefugnis ergab sich kein Unterschied zwischen Gesellschaftern und Dritten. Dann kann aber auch, soweit bezüglich der Abberufung nichts vereinbart wurde, sich kein Unterschied ergeben.

Das für die Gesellschaft wesentlich weitergehende und damit gefährlichere ist die alleinige Abberufungsbefugnis. Das Recht, die Abberufung bindend verlangen zu können geht weniger weit. Da es immer die Zuständigkeit zur Abberufung bei den Gesellschaftern beläßt, ergeben sich auch bezüglich eines Dritten keine Bedenken für die Zulässigkeit.

²⁶⁴ Harde Diss. S. 123 ff

²⁶⁵ Harde u. Molitor aaO

²⁶⁶ so auch Wieland S. 158 f mit Nachweisen aus der älteren Literatur. Bezügl. der neueren Literatur siehe Geisler GmbHGh. 4. 205 m. Anh.

Ergebnis:

Zwischen Gesellschafter und Dritten bestehen keine Unterschiede in der Auswirkung des Präsentationsrechts bezüglich der Widerrufsbefugnis.

Dasselbe gilt auch für die Pflicht, die Abberufung vorzunehmen bzw. zu verlangen.

E. Zusammenfassung

Nachdem die Einordnung des Präsentationsrechts in das GmbH-Recht klargelegt wurde, bietet sich eine Zusammenfassung der Ergebnisse an. Grundsätzlich läßt sich zum Präsentationsrecht sagen, daß es ein Mittel zur Anpassung des Gesellschaftslebens an die gegebenen Umstände darstellt.

Die Besonderheit in der personellen oder auch der finanziellen Struktur - vor allem bezügl. entscheidender Fremdmittelpositionen - lassen sich mittels des Präsentationsrechts zu einer sinnvollen Abgrenzung der Einflußsphären zusammenführen.²⁶⁷

Es ist grundsätzlich nicht richtig, die Bestellung des Präsentierten durch die Gesellschafter als Bestellungsorgan als Einflußnahme völlig zu negieren und vom faktischen Bestellungsrecht zu sprechen.²⁶⁸

Zugegebenermaßen ist die Einflußnahme auf die Organwalterperson zwar sehr gering, aber gerade in einem wichtigen und entscheidenden Punkt

²⁶⁷ Das ist es, was H. Westermann S.60 als die "vornehmste Aufgabe der Kautelarjurisprudenz" bezeichnet. Das Präsentationsrecht stellt eine der vielen Anpassungsmöglichkeiten dar, die in der Ausformung der Gesellschaft die realen Gegebenheiten und den Zweck vereinigen.

²⁶⁸ Das gilt auch für das gesetzl. Präsentationsrecht des § 6 V MitbestG. Es stimmt insoweit nicht, wenn Oellrich, ZfB 92, 249 ff u. Dietz, Vortrag S.21 meinen, die Wahl sei streng genommen keine Wahl sondern die Arbeitnehmer hätten ein Entsendungsrecht.

doch vorhanden: Die Gesellschafter entscheiden allein über die Bestellung und Abberufung. Dadurch können von ihnen erkennbare Mißstände sofort verhindert werden. Die Möglichkeit kann entscheidenden Einfluß auf Gedeih und Verderb der Gesellschaft haben.²⁶⁹

Bei einem Präsentationsrecht wird auch der Präsentierte nicht so leicht zu einem "Organ" des Präsentierenden²⁷⁰, die Bindung an die Gesellschaft ist wesentlich enger und direkter.

Der Präsentationsberechtigte wiederum wird weitestgehend vor Beeinträchtigung seines Rechts geschützt:

- Die Gesellschaft kann nur eine Person seiner Wahl bestellen.
- Bei einer Ablehnung des Präsentierten hat er normalerweise einen Anspruch gegen eine Gesellschaft auf Bestellung.
- Die Abberufung des Präsentierten ist abgesichert: Außer bei wichtigem Grund kann die Gesellschaft ihn nicht mit letzter Wirkung abberufen, ein Widerruf ohne das vorherige Abberufungsverlangen ist unzulässig.
- Das Präsentationsrecht ist ein statutarisches Recht, bindet also jeden, auch den neu eintretenden Gesellschafter.

Aufgrund dieser besonderen Situation der Interessenabwägung ergibt sich eine Übertragung an den Gesellschafter und Dritte folgendes:

²⁶⁹ Hätte das RG in RIZ 165, 68 ff (19) dies als Vorbehalt erkannt, wäre es m.E. eher bereit gewesen, der Auslegung des Berufungsgerichts zu folgen. Sieht man das Präsentationsrecht jedoch als eine Art "Kompromiß", dann kann man den Berechtigten in der Auslegung von Satzungs-klauseln nicht mehr einseitig bevorzugen, indem man zu seinen Gunsten derartige Satzungs-klauseln als Bestellungsrecht auslegt, wie es der BGH in seiner Entscheidung WM 73 1295 ff GmbH-Rech 73, 279 noch ausführte.

²⁷⁰ Das ist das Hauptargument Bergmanns NJW 53 S. 97

- 1: Übertragung eines derartigen Rechts auf einen Mitgesellschafter
- a) Bei der Übertragung eines Präsentationsrechts auf einen Mitgesellschafter sind insbesondere zwei Punkte zu beachten:
 - 1) Das Präsentationsrecht stellt ein statutarisches Recht dar.
Es bezieht sich damit kontinuierlich auf bestimmte Organwalterstellen; können eine oder mehrere Stellen mit dem Präsentationsrecht "belastet" werden. Beseitigt werden kann diese "Belastung" nur durch eine Satzungsänderung, an die normalerweise besonders scharfe Anforderungen gestellt werden (siehe §§ 53 ff GmbHG)
 - 2) Keiner -weder Bestellungsorgan noch Auswahlberechtigter- kann im Normalfall allein tätig werden. Immer gehört zu einer satzungsmäßigen Bestellung die Mitwirkung beider.
Vor allem letzteres kann sowohl Vorteile wie auch Nachteile bringen.

Einem Mitgesellschafter ein Präsentationsrecht einzuräumen, empfiehlt sich also nur, wenn man sowohl eine langdauernde Bindung beider Seiten herbeiführen als auch eine bestimmte Sicherheit beider erreichen will.

Zwischen den Interessen der Gesellschaft der Gesellschafter und dem zu berechtigendem Mitglied wird eine Art Kompromiß geschlossen. Sämtliche berechnigte Interessen finden eine dauerhafte Lösung, ohne allerdings ein eindeutiges Übergewicht des einen vor dem anderen herbeizuführen.

Durch die statutarische Absicherung, wird darüber hinaus dieser Kompromiß zum objektiven Recht²⁷¹ zwischen den Beteiligten erhoben.

²⁷¹ Darauf weist besonders Ulmschneider (Diss.) S. 10 hin.

b) Typische Situationen, bei denen eine Vereinbarung des Präsentationsrechts in Frage kämen, wären somit etwa folgende:²⁷²

aa) Ein Gesellschafter hat ein besonderes Risiko in Bezug auf die Gesellschaft übernommen, was durch das Stimmrecht nicht aufgehoben wird. Dafür soll ihm dann ein weitgehendes Maß an Einfluß auf die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat eingeräumt werden, ohne daß die Gesellschafter ihre Zuständigkeit ganz verlieren. Das wäre z.B. der Fall, wenn besonders hohe, langfristige und (oder) zinsgünstige Kredite gegeben werden.

bb) Die Gesellschaft besteht aus mehreren (oder einem) Seniorsgesellschaftern, die selbst nicht mehr leitend tätig sein wollen. Als Gründer wollen sie noch entscheidenden Einfluß auf die Besetzung der wichtigen Organe ausüben.

Die übrigen Gesellschafter fürchten allerdings, daß mit zunehmenden Alter die Entscheidung über die ausgewählten Personen willkürlicher und zufälliger werden.

cc) Eine Gesellschaft besteht aus mehreren Gesellschaftergruppen bzw. Familienstämmen.

Um jetzt jedem Stamm das gleiche Gewicht in der Geschäftsführung zu geben, wird jedem die Möglichkeit eingeräumt, jeweils einen Geschäftsführer und (oder) Aufsichtsrat zu stellen.

Um aber nicht von der Willkür bewußten Gleichgültigkeit oder Uneinsicht des jeweiligen Familienstammes abhängig zu sein, wollen die übrigen Gesellschafter zumindest über die Bestellung der ausgewählten Person mitentscheiden.

²⁷² In der Lit. werden in Zusammenhang mit dem Präsentationsrecht danach diese Situationen beschrieben. Siehe dazu vor allem oben S. bis

Derartige Fallgruppen ließen sich noch beliebig erweitern oder spezifizieren.²⁷³ Hier ging es aber nur darum, typische, konkrete Fälle aufzuzeigen, die m.E. mit dem Präsentationsrecht optimal gelöst werden könnten.

2 Das Präsentationsrecht eines Nichtgesellschafters

Grundsätzlich gilt für eine Übertragung an einen Dritten dasselbe.

Auch hier muß man sich darüber im Klaren sein daß es eine statutarische Vereinbarung erfordert und damit nur für eine lang dauernde Bindung geeignet ist.

Besonders wichtig erscheint mir bei einem Dritten das alleinige Bestellungs- und Abberufungsrecht der Gesellschafter zu sein.

Da jeder, der Gesellschafter ist und wird, durch den Gesellschaftsvertrag gebunden wird, stellt gerade die Einflußnahme eines Dritten u.a. auch für die Veräußerlichkeit und Gegenwert des Geschäftsanteils einen wichtigen Faktor dar.

Der Dritte wiederum kann sich auf seinen Einfluß verlassen, der im Normalfall dem des Bestellungsrechts völlig gleich ist.

Als typische Fälle²⁷⁴ sind hier z.B. zu nennen:

a) Wie jüngst Gessler²⁷⁵ in seiner Untersuchung

²⁷³ Vielfach geht es bei Übertragung eines Präsentationsrechts um die Einleitung und Abwicklung einer Unternehmensnachfolge. Die dort auftauchende Problematik gerade durch den Generationswechsel herbeigeführt, wird grds. bei Gudhoff, Unternehmensnachfolge (gesellschaftsrechtlicher Teil) geschildert. Wie Gessler, GmbHRech 74, 202 ff überzeugend darstellt, handelt es sich beim Präsentationsrecht um ein Sicherungsmittel der Herrschaftsmacht bei der Übertragung von Geschäftsanteilen.

²⁷⁴ siehe schon oben S. 10 ff

²⁷⁵ siehe Gessler GmbHRech 74, 202 ff

Über die Sicherung der Herrschaftsmacht bei Übertragung der Geschäftsanteile ausführte, kann das Präsentationsrecht dabei insoweit gute Dienste leisten, als es dem ausscheidenden Gesellschafter sowohl die Möglichkeit der personellen Beeinflussung sichert, als es ihm auch erlaubt, sich selbst wieder an die Spitze der Gesellschaft zu setzen.

Das Präsentationsrecht kann dem ausscheidenden eine größtmögliche, weitestgehende Einflußnahme über die Beendigung der Mitgliedschaft (etwa aus Altersgründen) hinaus sichern.

- b) Ein Dritter ist ein erhebliches Risiko in Beziehung auf die Gesellschaft eingegangen, was durch eine Einflußnahme auf die geschäftsführenden und aufsichtsführenden Organe kalkulierbar und möglichst gering gehalten werden soll.

Die Gesellschafter wollen jedoch nicht jeglichen Einfluß verlieren, da sie z.B. noch andere Ziele als der Dritte verfolgen.

Das kann z.B. der Fall sein bei einer kreditgebenden Bank oder eines auf Zulieferung von dieser Gesellschaft sehr stark abhängigen Unternehmens.

- c) Der Fall des sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, bei welchem die Gesellschafter an erster Stelle die Abnahme und den Profit, die abnehmende Kommune an erster Stelle die Sicherung der Energieversorgung setzt. Hier sind beide mit unterschiedlichen Zielen untrennbar verbunden.

- d) Die Diskussion um die Mitbestimmung hat zu einer weiteren Gruppe geführt:

Die Gesellschafter, die dem BVG unterliegen und eine weitgehende Mitbestimmung -die sogenannte Parität- herbeiführen wollen, sehen sich durch den Verweis in § 77 BVG auf § 101 AktG'65 gehindert, Dritten ein Bestellungsrecht einräumen zu können. Hier ist das Präsentationsrecht der richtige Weg, um die gewollte paritätische Mitbestimmung herbeizuführen.

Zur Zulässigkeit siehe unten 5. Kapitel.

- e) Die zahlenmäßige Begrenzung des Bestellungsrechts in § 101 AktG für die dem BVG unterfallenden Gesellschaften kann ganz allgemein durch Vereinbarung eines Präsentationsrechts unterlaufen werden.²⁷⁶

Aus den hier angeführten Beispielen wird deutlich, daß das Präsentationsrecht in der Lage ist, verschiedenen Interessen gerecht zu werden und in unterschiedlichen Situationen der richtige Weg sein kann.

Die folgenden Kapitel sollen zeigen, daß auch bei unterschiedlichem Fehlverhalten und Differenzen sich sinnvolle Ergebnisse aus der Struktur dieses Rechts heraus finden lassen.

Für das Präsentationsrecht zeigt sich damit, daß es einen Platz mit einer gewissen Bedeutung innerhalb des Gesellschaftsrechts einnimmt und einnehmen kann.

²⁷⁶ So wohl auch Greiffenhagen (Diss.) S. 80 Fn. 2

3. Kapitel

Fehlverhalten bezüglich der Bestellung

Die in den ersten beiden Kapiteln aufgestellten Grundsätze zeigen die Rechtsstellung der Parteien voneinander auf.

Es ergeben sich für jede Seite aus der speziellen Situation des Präsentationsrechts grundsätzliche Rechte und Pflichten, die beachtet werden müssen.

Über die allgemeine Pflicht, Vereinbarungen einzuhalten, hinaus resultiert dies auch aus dem Recht der Gesellschafter auf eine gesetz- und statutenmäßige Verwaltung der GmbH²⁷⁷.

Daneben besteht der körperschaftsrechtliche Grundgedanke, daß nur ein in verfassungsmäßiger Weise gebildetes Organ ordnungsmäßig berufen ist.²⁷⁸

Dies wiederum bildet die Grundlage seiner Organ-eigenschaft.²⁷⁹

Wenn eine von beiden Parteien nun nicht pflichtgemäß tätig wird, also entweder gar nichts tut oder über die ihm gesetzten Grenzen hinausgeht, liegt zu dem Zeitpunkt schon keine statutenmäßig richtige Verwaltung der GmbH mehr vor. Man muß dann -aus der Rechtsstellung des Präsentationsrechts heraus- Zweifel an der ordnungsmäßigen Berufung der Organwalter hegen. Dasselbe gilt entsprechend für die Abberufung.

Hinsichtlich der Möglichkeit des nicht ordnungsgemäßen Verhaltens gibt es grundsätzlich vier Anhaltspunkte:

1. Entweder es verhält sich der Präsentationsberechtigte nicht entsprechend, oder seine Präsentation wird nicht entsprechend beachtet.

²⁷⁷ Feine S. 286

²⁷⁸ Baltzer S. 55

²⁷⁹ Baltzer S. 53 u. Natzel. AG 59, S.95

2. Eine der beiden Seiten wird entweder bei Bestellung oder Abberufung nicht pflichtgemäß tätig.

Hier geht es zunächst nur um die Bestellung und die möglichen Fehlverhalten von jeder Seite.

A. Fehlverhalten auf Seiten des Berechtigten

I. Unterlassung der Präsentation

Für den Fall, daß der Präsentationsberechtigte sein Recht nicht ausübt, sich u.U. sogar strikt weigert, es auszuüben, bleibt die entsprechende Organwalterstelle unbesetzt.

Handelt es sich um eine Stelle innerhalb eines zahlenmäßig umfangreichen Aufsichtsrats, so wird dies weniger von Belang sein, als wenn der Berechtigte eine von zwei Geschäftsführern oder sogar beide präsentieren darf.

Bliebe beim letzteren Fall ein notwendiges Organ unbesetzt, wäre es vielleicht damit überhaupt nicht zu besetzen. könnte ein erheblicher Schaden für die Gesellschaft entstehen. Aber auch schon bei der Besetzung einer Aufsichtsratsstelle, die zur Beschlußfähigkeit des Organs nötig ist, können bedrohliche Verzögerungen, Unsicherheiten und Schwebezustände auftreten die notwendige Entscheidungen verhindern.

Aus dem Interesse der Gesellschaft und aller Gesellschaftler heraus kann es daher dringend nötig sein, auch ohne vorherige Präsentation die entsprechende Stelle zu besetzen.

Es stellt sich die Frage, ob die Gesellschafterversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG²⁸⁰ in der Lage ist, die mit dem Präsentationsrecht "belegte" Stelle nach eigenem Gutdünken zu besetzen.

1. Befugnis der Gesellschafterversammlung zur Besetzung der Stelle nach eigenem Ermessen

Diese Frage ist dann unproblematisch, wenn die Auswahl der Organwalterpersönlichkeit lediglich delegiert war.

Dann kann die Auswahlbefugnis jederzeit im Einzelfall²⁸¹, jedenfalls aber bei Weigerung, zurückgenommen werden und die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ist wieder begründet.

Das aber stellt gerade nicht den Normalfall dar. Normalerweise wird -wenn nicht der Vertrag oder dazu aufgenommene Abreden selbst etwas anderes fordern- mit Übertragung des Präsentationsrechts die alleinige Zuständigkeit zur Auswahl der Persönlichkeit begründet.

Selbst wenn in einem noch so dringenden Fall das Recht pflichtwidrig nicht ausgeübt wird, bleibt die alleinige Befugnis zur Auswahl des Betreffenden beim Präsentationsberechtigten.

Eine Willensbildung über die Person des zu Bestellenden ist den Gesellschaftern entzogen.²⁸²

Eine Bestellung ohne Präsentation kommt nicht in Betracht, da die Willensbildung über die Person des Organwalters vorausgehen muß. Andernfalls

²⁸⁰ Um die Darstellung nicht unnötig zu komplizieren sei hier davon ausgegangen, daß die Gesellschafter ihr Bestellungsrecht nicht an ein besonderes Organ übertragen haben, sondern die gesetzliche Regelung bezügl. der Bestellung und Abberufung Platz greift.

²⁸¹ Siehe z.B. Feine S.506; es kommt z.B. auch Funktionsunfähigkeit in Betracht; so der Fall BGHZ12, 337

²⁸² Harde (Diss.) S.64 u. 126

würde die Gesellschafterversammlung mit dem Bestellungsbeschluß ihre Kompetenz überschreiten und in die Zuständigkeit des Präsentationsberechtigten eingreifen.²⁸³

Damit wäre sie, obwohl für die Bestellung an sich zuständig, als unzuständiges Organ tätig geworden.²⁸⁴

Durch die Übertragung des Auswahlrechts wird die Gesellschafterversammlung verhindert, die Stelle nach eigenem Ermessen zu besetzen.²⁸⁵ Dabei ist es grundsätzlich gleichgültig, ob die Besetzung nun sehr eilig ist oder u.U. ein notwendiges Organ fehlt.²⁸⁶

Eine Bestellung unter Umgehung des Präsentationsberechtigten wäre eine Satzungsdurchbrechung die im deutschen Gesellschaftsrecht nicht anerkannt werden kann.²⁸⁷

Ohne Satzungsänderung -ihre Zuständigkeit vorausgesetzt- fehlt es an der Kompetenz des Bestellungsorgans zur Auswahl.²⁸⁸

²⁸³ Für das Bestellungsrecht siehe dazu Vogel, P.W. (Diss.) S. 12; Ulmschneider (Diss.) S. 15; Greiffenhagen (Diss.) S. 80 u. Baltzer S. 73; wohl auch BGHZ 12 337 (340)

²⁸⁴ Baltzer aaO

²⁸⁵ Das ist auch für einzelne Mitbestimmungsregelungen anerkannt. Siehe z.B. Boldt, MitbestG § 6 Anm. 5 S. 83 für das MitbestG u. Kötter, MitbestergG § 14 Anm. 4 S. 98 f; für das MitbestergG und das BetrverfG, sowie Klingelhöfer, RdA 55, S. 97

²⁸⁶ Für das Bestellungsrecht stellt die Gegenmeinung u.a. darauf ab. Siehe Baumbach-Hueck § 46 Anm. 6 A S. 227 (m.w.N.); Hachenburg § 52 Anm. 28 S. 253 (für den Aufsichtsrat) u. Feine S. 559 dergleichen

²⁸⁷ siehe dazu Boesebeck NJW 60 S. 2265 und GmbH-Rsch 60 S. 119

²⁸⁸ so auch v. Ruckteschell (Diss.) S. 30 für den Bereich der Mitbestimmung: "Ein pflichtwidrig nicht ausgeübtes Recht wird nicht unbeachtlich"

In Betracht kommen daher gerichtliche Maßnahmen

2. Gerichtliche Eingriffsbefugnisse

Als gerichtliche Maßnahmen kommen in Betracht:

- a) Bestimmung der zu bestellenden Person im Wege der entsprechenden Anwendung des § 315 III BGB
- b) Notbestellung nach § 29 BGB

a) Bestimmung gem. § 315 III BGB analog

Das etwas Ungewöhnliche bei der Situation ist, daß das Bestellungsorgan willens und in der Lage ist die Bestellung vorzunehmen, aber die satzungsmäßige Auswahl der in Frage kommenden Personen nicht treffen kann.

Die Übertragung des Präsentationsrechts, das zur Ausübung im eigenen Interesse übertragen wurde, blockiert die Bestellung eines Organwalters. Zwar besteht im Normalfall grundsätzlich auch die Pflicht das Recht auszuüben oder die Ausübung seinerseits auf einen anderen. bei völligem Desinteresse an die Gesellschafterversammlung zu übertragen.

Wird jedoch dieser Weg nicht gewählt, so stellt sich die Frage nach einer zwangsweisen Übertragung. da -wie oben schon gesagt- eine immerwährende, allumfassende Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung nicht dem Willen der Satzungsgeber entspricht.

Zur Klärung dieser Frage soll noch einmal darauf zurückgegangen werden, welche Rechte bei einer Präsentation abgegeben werden.

Übertragen wird beim Präsentationsrecht die Auswahlkompetenz.

Auswahlkompetenz bedeutet, nach eigenem Gutdünken die nach eigenen Vorstellungen und eigenen Interessen bestgeeignete Person für den in Frage kommenden Posten auszuwählen. ohne die Interessen der Gesellschaft dabei völlig vernachlässigen zu dürfen.

Der mit der Übertragenen Befugnis verbundene Entscheidungsspielraum gibt dem Berechtigten damit nur die Möglichkeit innerhalb gewisser Grenzen die Auswahl nach freiem Ermessen zu treffen. Die Voraussetzungen dieser Entscheidung sind sowohl die Auswahlmöglichkeit wie auch die Auswahlpflicht, die Präsentation überhaupt zu unterlassen liegt daher von vornherein außerhalb des Ermessensspielraumes. Das Ziel dieser Ermessenentscheidung liegt in der Präsentation einer Person des einzigen ordnungsgemäßen Bewerbers in einer Organwallerstelle. Das Ergebnis der Entscheidung, die Präsentation beinhaltet aber auch gleichzeitig die Aufforderung, den Präsentierten zu bestellen. Mit Ausübung der Präsentation wird demnach die latent immer vorhandene Pflicht der Gesellschaft konkretisiert auf diesen einen Bewerber. Mit Ausübung des Präsentationsrechts beginnt gleichzeitig die Bestellungsspflicht der Gesellschaft. In dem Zeitpunkt erst besteht für sie eine konkrete Pflicht aus dem kraft des Präsentationsrechts zwischen ihr und den Berechtigten geschaffenes Rechtsverhältnis.

§ 315 BGB regelt eine ähnliche Situation ²⁸⁹

Dort geht es um die Leistung, die ein Vertragsschließender erbringen soll und die noch nicht feststeht. Hier liegt der Fall so, daß ein Geschäftsführer bestellt werden soll, aber die Person des zu bestellenden noch nicht feststeht.

Die hier gesellschaftsvertraglich geschuldete Leistung ist die Bestellung, die Leistung kann aber erst nach der Bestimmung des Präsentierenden erbracht werden.

In beiden Fällen geht es darum, daß ein Teil grundsätzlich eine Verpflichtung trifft diese aber erst durch eine Bestimmung des anderen Teils

²⁸⁹ Der Gedanke § 315 BGB auch im Gesellschaftsrecht und in einer ähnlichen Situation wie hier anzuwenden findet sich u.a. bei Teichmann S. 152 ff u. BOH DB 61; 468. Beide gehen zwar von etwas anderen Fällen aus, der dahinterstehende Grundgedanke gilt aber wohl auch hier.

konkretisiert wird.²⁹⁰

Trifft der eine Teil die Bestimmung nicht, unbillig oder nicht rechtzeitig, so genügt es, daß diese Bestimmung das Gericht trifft

Alles andere kann durch die Parteien selbst geschehen.

Insoweit unterscheidet sich auch hier das Präsentationsrecht vom Bestellungsrecht, da dort den Gesellschaftern mit der Auswahl des Organwalters allein noch nicht geholfen wäre.

Grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Fall des § 315 BGB und hier besteht allerdings in den unterschiedlichen Voraussetzungen.

Während § 315 BGB einen Schuldvertrag voraussetzt, ist die Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags der GmbH von anderer Qualität.

Die "Leistung", die unter Zugrundelegung des Präsentationsrechts erbracht werden soll, dient nicht der Erfüllung eines schuldrechtlichen Anspruchs, sondern ist die durch autonome Gestaltung erforderliche Verfolgung bestimmter Entscheidung- und Willensbildungsprozesse.

Das gilt jedenfalls für die "dingliche" Seite, die für die Beständigkeit der vorgenommenen Bestellung diesen statutarisch vorgeschriebenen Ablauf fordert. Es wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Präsentationsberechtigten auf Grund der ihm eingeräumten Rechtsstellung ein Anspruch zusteht. Nur ist das Verhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft ein anderes als in § 315 dargestellt wird.

Diese grundsätzlichen Unterschiede lassen eine entsprechende Anwendung fraglich erscheinen. Zwar spricht einiges dafür, den Grundgedanken

²⁹⁰ Kötter MitbestG § 8 Anm.10 S. 177 spricht von dem Vermittlungsausschuß im Rahmen des § 8 MitbestG als "in seiner Rechtsnatur am ehesten einem Schiedsgutachtergremium" ähnelnden Konsequenz auf unseren Fall angewandt, ließen sich dann auch hier die §§ 315, 317 anwenden, insoweit läßt sich die Rechtsstellung des Vermittlungsausschusses mit der des Präsentierenden vergleichen.

aus § 315 III anzuwenden, nämlich eine Ersetzung der fehlenden Leistungsbestimmung durch den Richter.

Dafür könnte aber ein anderer Weg gegeben sein.

b) Notbestellung durch das Gericht

Soweit die erforderliche Anzahl von Geschäftsführern fehlt, kommt eine Notbestellung durch das Gericht in Betracht. Die allgemeine, grundlegende Vorschrift hierzu bildet der § 29 BGB²⁹¹. § 29 ist auf die GmbH grundsätzlich anwendbar.²⁹² Das GmbHG bietet auch keine eigenen Vorschriften für die Schaffung der notwendigen gesetzlichen Vertreter an, im Gegensatz zum Aktienrecht, welches auch bezüglich des Aufsichtsrats eine eigene Vorschrift über die Notbestellung hat (§ 104 AktG). § 29 BGB geht lediglich davon aus, daß ein Mitglied des Vorstandes, d.h. hier der Geschäftsführung fehlt. Warum es fehlt, ist gleichgültig. Daher wird man die Bestimmung grundsätzlich auch auf unseren Fall anwenden dürfen.

Daß die Gesellschafter selbst das fehlende Mitglied bestellen können, ist auch im Normalfall gegeben. § 29 BGB greift auch ein, wenn wegen Uneinigkeit nicht die erforderliche Mehrheit erreicht wird.

Es ergeben sich aber zwei Fragen bei der Ausführung des § 29:

- aa) welche Person ist zu wählen?
- bb) was geschieht bei Fehlen eines Aufsichtsratsmitglieds?

²⁹¹ siehe z.B. den Kommentar von H. Vogel § 6 Anm. 5 S. 67 u. Palandt-Dankelmann § 29 Anm. 1 S. 26

²⁹² absolut h.M. siehe z.B. Brockmann (Diss.) S.64 (m.w.N.) u. Sudhoff, GmbH-GF S. 4

- aa) Grundsätzlich ist das Gericht in der Auswahl der Person des fehlenden Geschäftsführers völlig frei.²⁹³

Andererseits kann die Satzung an die Geschäftsführer bestimmte Anforderungen und Qualifikationen stellen. Damit treffen die Gesellschafter eine bestimmte Vorauswahl, an die das Gericht auch dann gebunden wäre.²⁹⁴ Mit Freese wird man dies aus der Wendung "erforderlichen" Mitglieder herauslesen dürfen.²⁹⁵

Von der Satzung wird aber auch gefordert, daß beim Präsentationsrecht für die damit belegte Stelle eine Präsentation stattfindet, d.h., daß der Berechtigte eine ihm besonders zusagende Person benennt.

Das wird man aber nicht so auffassen dürfen, daß das Gericht nur einen Präsentierten bestellen dürfte, denn das würde zu einem Zirkelschluß führen. Man wird daraus nur ableiten können, daß das Gericht in dem Fall bei Auswahl der Person nur die Gruppe berücksichtigt, aus der der Präsentationsberechtigte erkennbar seine Auswahl getroffen hätte.²⁹⁶

Weitere Anforderungen können im Wege des § 29 BGB nicht gestellt werden

- bb) § 29 gilt nur für Vorstandsmitglieder, was in der GmbH dem notwendigen Organ des Geschäftsführers entspricht

²⁹³ Vogel, Kommentar § 35 Anm. 6 S. 186

²⁹⁴ so Fichtner BB 64. 868 u. Freese GmbHRSch 61 160.

²⁹⁵ Freese a.a.O.

²⁹⁶ Eder in Handbuch RZ 480. 17 S. 222/16: "Beim Bestehen von Vorschlagsrechten sind diese zu beachten." Obwohl dies die Situation des Aufsichtsrats des Montan-MitbestG betrifft, gilt das m.E. hier genauso. Ähnlich auch Köster MitbestG § 8 Anm. 25 S. 126 f für den sog. 11. Mann des Montan-MitbestG

Der Aufsichtsrat ist gem. § 52 GmbHG fakultativ. Er gehört nicht zu den notwendigen Organen der GmbH und ist von daher einer Notbestellung nicht zugänglich.

Etwas anderes ergibt sich im Falle der Mitbestimmung. In allen Mitbestimmungsregelungen ist der Aufsichtsrat obligatorisch und aus dem Gesichtspunkt heraus muß eine Notbestellung möglich sein. Daher wird z.B. im BetrVerfG und MitbestG auf § 104 AktG verwiesen. Im Montan-MitbestG fällt die Anwendung des § 104 AktG unter die Generalklausel des § 9 II.

Dabei ist die Neuformulierung des § 104 AktG durch das MitbestG interessant. § 104 III Nr. 2 AktG läßt eine sofortige gerichtliche Ergänzung des Aufsichtsrats einer den Mitbestimmungsregelungen unterfallenden Gesellschaften zu, wenn diesem nicht alle Mitglieder aus denen es nach Gesetz oder Satzung bestehen soll, angehören. Das zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber in den von der Mitbestimmung erfaßten Gesellschaften, u.a., auch aus Gründen der Parität, auf eine volle Besetzung des Organs besteht.

Auch für den fakultativen Aufsichtsrat muß jedenfalls dann der Weg der gerichtlichen Ergänzung -in- entsprechender Anwendung von § 29 BGB oder § 104 AktG- offen sein, wenn er funktionsmäßig eine wichtige Rolle zu erfüllen hat. Dies gilt z.B. dann, wenn er die Geschäftsführer bestellt oder bestimmte Geschäfte genehmigen muß etc.

In diesem Fall ist es ebenso erforderlich, ihn ad hoc beschlußfähig zu machen, wie es wichtig sein kann, die Geschäftsführung zu ergänzen.

Die gerichtliche Hilfe ist jedoch an die Voraussetzung gebunden, daß dem Aufsichtsrat der GmbH satzungsmäßig eine ähnlich starke Stellung verliehen wurde, wie dem Aufsichtsrat der AG von Gesetzes wegen.

Der Eingriff des Gerichts als ultima ratio muß sich darauf beschränken, die in Anbetracht der Funktionsfähigkeit der jur. Person nach außen hin dringend erforderliche Ergänzung des Organs zu treffen, darüberhinaus kann es in diesem Verfahren keine Tätigkeit entfalten.

Beim fakultativen Aufsichtsrat wird man dies nur in wenigen Ausnahmefällen bejahen können. Der Aufsichtsrat

der den Mitbestimmungsregelungen unterfallenden Gesellschaften hat demgegenüber -mit Ausnahme des BetrVerfG- bereits von der Anlage her eine so expornierte Stellung, daß von daher schon die Anwendung des § 104 AktG erforderlich war

C.Ergebnis

Stellt man § 315 BGB und § 29 BGB gegeneinander, so gelangt man zu dem Schluß, daß diese Bestimmungen von zwei verschiedenen Perspektiven ausgehen. Bei § 315 liegt der noch zu bestimmenden Leistung ein vertraglicher Anspruch zugrunde. bei § 29 steht das Bedürfnis zur Ergänzung und Bestellung eines notwendigen Organs im Vordergrund. Verweigert der Präsentationsberechtigte die Benennung und wollen daher die Gesellschafter im Wege der Notbestellung gegen ihn vorgehen, so haben sie dazu nur in einer bestimmten Situation das Recht.

Die Notbestellung setzt grundsätzlich sowohl gem. § 29 BGB wie auch nach den -bei mitbestimmten Gesellschaften kraft Gesetzes anwendbaren- entsprechenden Vorschriften des AktG. die §§ 85 104 AktG voraus, daß der Berechtigte durch seine Weigerung die Gesellschaft manövrierunfähig macht. § 29 BGB ist jedoch dann nicht anwendbar, wenn durch den fehlenden Organwalter die Handlungsfähigkeit des Organs nicht in Frage gestellt ist,²⁹⁷ das Organ also zwar unterbesetzt, aber dadurch seine Funktion nach außen hin nicht berührt ist.

In diesen Fällen²⁹⁸ bleibt nur der wesentlich langwierigere Weg des § 315 III BGB offen, um dem Organ die satzungsmäßige oder gesetzliche volle Besetzung zuzuführen. Es handelt sich zwar hier nicht um die Bestimmung einer vertraglichen Leistung, jedoch wird man eine analoge Anwendung grds. befehlen können.

²⁹⁷ so z.B. für das BetrVerfG auch Galperin-Siebert § 76 Anm. 34 u. Klingelhöfer, RdA 55 S. 97

²⁹⁸ Für den sog. 11. Mann des M-MitbestG vgl. auch Kötter, NJW 51, 421

Den von der Satzung geforderten Rechtszustand, die volle Besetzung der Organe hat der Präsentationsberechtigte wie eine ihm vertraglich auferlegte Pflicht unter Berücksichtigung von § 242 BGB herbeizuführen. Das ihm gewährte Recht beinhaltet auch für einen Dritten die Pflicht²⁹⁹, sich insoweit satzungsgemäß zu verhalten, d.h., die Vorschriften der Satzung insoweit zu respektieren und zur Schaffung des satzungsmäßigen Zustandes beizutragen. Das gilt hier um so mehr, da zunächst der Berechtigte tätig werden muß, sein Unterlassen die Vollbesetzung also verhindern kann.

§ 315 BGB bietet in diesen Fällen die interessengerechte Lösung, das Bedürfnis der Gesellschaft zur kompletten Besetzung der Organe und das Interesse des Berechtigten an der Auswahl einer ihm genehmen, für die Gesellschaft tragbaren Person können so von neutraler Seite gegeneinander aufgewogen werden.

Dieses Ergebnis muß für Geschäftsführung und Aufsichtsrat gleich gelten, Unterschiede ergeben sich hier nur im Bereich des § 29 BGB.

²⁹⁹ Insoweit ist Palandt-Heinrichs § 315 Anm. 3 hier beizupflichten. Ob man diesen Schluß allerdings so verallgemeinern kann, ist zweifelhaft.

3. Mögliche Zwangsmaßnahmen gegen den Berechtigten

Wenn ein Präsentationsberechtigter zwar nicht die Handlungsfähigkeit eines Organs, aber doch ständig die volle Besetzung blockiert, müßte die Gesellschaft selbst in der Lage sein, irgendwelche Zwangsmaßnahmen gegen ihn zu unternehmen.

- a) Soweit einem Dritten das Präsentationsrecht eingeräumt wurde, wäre hier der richtige Weg der einer Satzungsänderung.

Der Dritte hat keine unentziehbare Position durch die Übertragung erlangt, eine Satzungsänderung ist somit immer möglich.

Werden die entsprechenden Bestimmungen - vorgesehene Mehrheit, Eintragung ins Handelsregister etc. - eingehalten, ist dem Dritten das Recht entzogen.

- b) Schwieriger liegt es bei einem Gesellschafter.

Ihm wurde das Präsentationsrecht als Sonderrecht übertragen, dieses darf unter entsprechender Anwendung von § 35 BGB nicht beeinträchtigt werden.³⁰⁰

Eine Beeinträchtigung des Rechts läge aber schon dann vor, wenn die Gesellschafter ohne Satzungsänderung einen selbst Ausgewählten bestellen würden. Sie liegt erst recht in der Entziehung.

Der Schluß daraus wäre, daß eine Entziehung des Präsentationsrechts, ebenso wie eine vorübergehende Beeinträchtigung nicht möglich wäre.

³⁰⁰ Absolut h.L.: siehe z.B. Hachenburg, 7. Auflage, § 14 Rdn. 9 ff. Dort jetzt "Vorzugsrechte" genannt.

Das könnte dann dazu führen, daß der Berechtigte durch seine ständige Weigerung wichtige Entscheidungen verzögern würde, u.U. ganz verhindern könnte, so wie es ihm beliebt.

Wenn man derartig grobe Verstöße und Treuwidrigkeiten unter Hinweis auf § 35 zu dulden hätte, wäre es dem sonderberechtigten Gesellschafter möglich, die ganze Gesellschaft zu beherrschen. Das läuft dem Sinn eines Sonderrechts aber gerade zuwider.

Verhält sich ein Gesellschafter ständig derart pflicht- und treuwidrig, so wäre in seiner Person ein wichtiger Grund ergeben, der die Gesellschaft ermächtigen würde, ihn ganz auszuschließen.³⁰¹ Da man dies aber als letztes Mittel an-

sehen muß, wäre es weniger einschneidend, ihm zunächst einmal die Befugnis, die ihm den entsprechenden Einfluß einräumt, zu entziehen.³⁰²

Die Entziehung eines Sonderrechts allerdings wird, wegen der eindeutigen Regelung des § 35 BGB, an besondere Voraussetzungen zu knüpfen sein.

Grobe Pflichtwidrigkeiten wären demnach zunächst in einer ständigen Weigerung zu sehen, durch die Benehnung die Handlungsfähigkeit des Organs herbeizuführen. Hier wird durch die Nichtvornahme der Präsentation ein ganzes Organ lahmgelegt, was sich zum Schaden aller Gesellschafter auswirken kann.

Demgegenüber wirkt es sich lediglich zum Schaden des Präsentationsberechtigten aus, wenn er dieses Recht bei Handlungs- und Beschlußfähigkeit des Organs nicht ausübt.

³⁰¹ Wobei nach Schilling, JZ 53, S.490, bei einem Gesellschafter, der ein Sonderrecht ausübt, die Treuepflicht stärker in den Vordergrund rückt, als bei Ausübung allgemeiner Mitgliedschaftsrechte. Allgemeines zur Treuepflicht siehe unten Unterpunkt B

³⁰² Grundlegend Scholz, Ausschließung u. Austritt S. 31 f; auch H. Westermann, S.70 und Rücker (Diss.) S.100 ff (Sonderrechtsentziehung als milderes Mittel). Rücker ist entgegen Scholz allerdings der Auffassung, daß dies nur durch Gerichtsbeschluß möglich sei.

Dann ist die Funktion dieses Organs innerhalb der Gesellschaft gegeben, der Gesellschaft steht es voll zur Verfügung.

Lediglich der Berechtigte erleidet durch seine Weigerung einen Schaden, seine Interessen werden nicht durch einen Mann seiner Wahl vertreten.³⁰³ Soweit also die Zahl der mit einem Präsentationsrecht "belasteten" Stellen, nicht so hoch ist daß sie die Handlungs- und Beschlußfähigkeit beeinträchtigen, kommt grundsätzlich eine Entziehung des Rechts nicht in Betracht.

Etwas anderes kann sich aus der Konstellation des Einzelfalls ergeben. In Betracht käme dann zunächst die Entziehung des Rechts, falls dies nicht ausreicht, auch ein Ausschluß.³⁰⁴

II. Ungeeignetheit des Präsentierten

Die Nichtvornahme der Präsentation ist nicht der einzige Fall, bei dem hinsichtlich des Präsentationsberechtigten Schwierigkeiten auftauchen können.

Ein erhebliches Interesse der Gesellschaft besteht auch daran, keine ungeeigneten Persönlichkeiten in das entsprechende Organ berufen zu müssen. Dabei liegt es sowohl nahe, daß die Gesellschaft den ungeeigneten Mann ablehnen wie auch sofort einen anderen wählen will, um Verzögerungen zu verhindern.

Es tauchen hier grundsätzlich dieselben Probleme bei einem Dritten als Präsentationsberechtigten auf, wie bei einem Mitgesellschafter.³⁰⁵

³⁰³ So z.B. im Montan-MitbestG § 104 AktG, der den alten § 7 MitbestG abgelöst hat. bringt grds. die hier formulierte Entscheidung, allerdings unter der besonderen Berücksichtigung der politischen Grundentscheidung der Mitbestimmungsregeln. Deutlich wird dies unter der besonderen Formulierung des Abs. 3 Nr. 2

³⁰⁴ So auch Wolany S. 181

³⁰⁵ Grimm (Diss.) S. 76 m.w.N.

Insoweit ist hier eine Unterscheidung nicht nötig.

1. Ablehnungsmöglichkeit des Bestellungsorgans

Die Situation, um die es hier geht, ist folgende:

Der Präsentationsberechtigte wählt eine Person aus, die nach Ansicht des Bestellungsorgans, -normalerweise die Gesellschafter- ungeeignet ist.

Nun wird dies sicherlich öfters geschehen, meist wohl mit dem Hinweis darauf, daß ein anderer besser geeignet sei.

Dem muß zunächst entgegengehalten werden, daß die Gesellschafter das Präsentationsrecht ja gerade deshalb übertragen haben, um dem Präsentierenden die alleinige Auswahl zu ermöglichen.

Aus welchem Grund die Übertragung erfolgte, ist unerheblich, jedenfalls stellt die Frage der Geeignetheit keinen Grund dar, die Bestellung vorzunehmen oder zu verweigern.

Über die Geeignetheit in Beziehung zu anderen Personen obliegt lediglich dem Präsentierenden die Entscheidung.

Etwas anderes muß aber gelten, soweit die Frage der grundsätzlichen Ungeeignetheit im Raum steht. Dann hat schon der Präsentationsberechtigte, jedenfalls soweit der Gesellschafter ist, aus der allgemeinen Treuepflicht zur Gesellschaft eine Pflicht zu besonders sorgfältiger Prüfung.

Eine Treuepflicht wird, trotz einer eigenen Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft, für die Beziehung Gesellschafter - Gesellschaft allgemein bejaht.³⁰⁶

³⁰⁶ U.a. BGHZ 9, 157 (163); BGHZ 14, 25 (36 ff); siehe Baltzer (Diss.) S. 146; v. Falkenhausen S. 28; Fichtner BB 62 S. 823; Frantz (Diss.) S. 11; Grimm (Diss.) S. 51; Hachenburg § 14 Rdn. 23 ff S. 354; Hueck Festschr. S. 407; Knöpfel (Diss.) S. 94; Kühn (Diss.) S. 32; Küster S. 50 ff v. 89 ff; Petersen (Diss.) S. 82 f; Schaudwet u. Paul GmbHRSch 1970 S. 5 ff; Schilling JZ 53, S. 490, jeweils m.w.N.

Wenn auch über den Rechtscharakter und die Auswirkung im Einzelnen noch keine Klarheit besteht, so läßt sich hier jedenfalls folgendes sagen:

Wenn auch kein Gesellschafter seine Interessen hinter die der Gesellschaft zurückstellen braucht, hat er doch das Wohl der Gesellschaft angemessen zu berücksichtigen.³⁰⁷

Da gerade die Geschäftsführung den wohl wichtigsten Bereich innerhalb der GmbH darstellt, muß der Präsentationsberechtigte hier besonders streng die grundsätzliche Geeignetheit prüfen.³⁰⁸ Weder darf hier das Stimmrecht³⁰⁹ noch ein Sonderrecht³¹⁰ unter Erkennung der völligen Ungeeignetheit für den Betroffenen benutzt werden. Das gleiche gilt in abgeschwächter Form auch für Aufsichtsräte.

Das Präsentationsrecht steht immer unter der Voraussetzung, daß es nicht zum Nachteil der Gesellschaft ausgeübt wird³¹¹, ansonsten wäre dies vom Berechtigten her eine unzulässige Rechtsausübung, ein offensichtlicher Mißbrauch seines Rechts.³¹²

Eine Ablehnung des Berechtigten wäre daher schon unter Hinweis auf § 226 BGB möglich. Falls der Berechtigte jedoch die völlige Ungeeignetheit nicht erkennt stellt sich die Frage, ob hier die Gesellschafter wegen Fehlens der subjektiven Seite eine nicht geeignete Person bestellen müssen.

³⁰⁷ Grimm (Diss.) S. 51

³⁰⁸ Ob man dabei mit Zöllner S. 322 einen uneingeschränkten Vorrang des Verbandsinteresses bejahen soll, ist fraglich. Jedenfalls beim Sonderrecht wird mit der Übertragung dem Eigeninteresse Rechnung getragen.

³⁰⁹ Fichtner aaO S. 829

³¹⁰ Hachenburg § 14 Rdn. 23 ff

³¹¹ Hachenburg aaO u. Knöpfel (Diss.) S. 112 u. 126

³¹² so die in Fn. 296 Aufgeführten.

Wenn der Gesellschafter seine Treuepflicht bezüglich des Präsentierten nachgekommen zu sein glaubt und seiner Meinung nach keinen völlig Ungeeigneten präsentiert, kann es doch sein, daß eine derartige Ungeeignetheit vorliegt.

Bei der Übertragung des Bestellungsrechts kommt man schon im Falle der bewußten Entsendung von ungeeigneten Personen, z.B. einen Konkurrenten in den Aufsichtsrat, in Schwierigkeiten.

Zwar wird dort gesagt, daß die Auswahl in pflichtgemäßem Ermessen stehen muß³¹³ und die Gesellschafter sich widersetzen können.³¹⁴ Auch die Aussage, das Entsendungsrecht dürfe nicht ausgeübt werden, hilft hier nicht viel³¹⁵, da der Entsendungsberechtigte auch für die Bestellung zuständig ist. Es bleibt dort also nur der Weg der Unwirksamkeitserklärung oder Abberufung.³¹⁶

Wenn beim Präsentationsrecht das Bestellungsrecht nicht mit Übertragen wird, so hat das eben diesen Grund. Die Gesellschafter können und sollen über eine grundsätzliche Ungeeignetheit bestimmen. Sie sollen in die Lage versetzt werden, Schaden durch ungeeignete Personen von der Gesellschaft abzuhalten. Um aber die Rechtsposition des Präsentationsberechtigten nicht unnötig zu beschneiden,³¹⁷ wird man einer Ablehnungsmöglichkeit enge Grenzen setzen. Bildet in § 38 Abs. 2 die

³¹³ Vogel, P.W. (Diss.) S. 15

³¹⁴ Hachenburg § 52 Anm. 29 S. 253 u. RGZ 165, 68 (77 f)

³¹⁵ Scholz, GmbHRSch 55. 38 unter Hinweis auf § 226; Ders. Ausschließung und Austritt S. 31

³¹⁶ Scholz Ausschließung und Austritt aaO u. Rücker (Diss.) S. 88

³¹⁷ so z.B. auch BGH BB 67, 309 der den Gesellschaftern kein Ermessen mehr einräumt soweit auch sonstige vertragliche Voraussetzungen erfüllt sind.

Grenze des wichtigen Grundes beim Ausschluß der Abberufung, so bietet sich diese Grenze auch hier für die Pflicht zur Bestellung an.³¹⁸

Die Verwirklichung des Präsentationsrechts kann von der Gesellschaft also immer dann verweigert werden, wenn ein wichtiger Grund gegen den Präsentierten vorliegt.³¹⁹

Das Präsentationsrecht selbst gibt dem Bestellungsorgan die Möglichkeit der Prüfung in diesem Rahmen.³²⁰

Soweit im Montan-MitbestG dem Arbeitnehmer auch nur ein Präsentationsrecht im Wege des § 6 V Montan-MitbestG zugestanden wird, gelangt diese Lehre dort zum selben Ergebnis.³²¹

Wird also eine unzumutbare Person präsentiert, so darf das Bestellungsorgan den Präsentierten rechtmäßigerweise ablehnen.

Es fragt sich aber, ob damit gleichzeitig die Wahl einer anderen Person verbunden werden kann.

³¹⁸ Diesen Wege gehen z.B. auch das OLG Karlsruhe GmbH Rspr. IV, § 38 Nr. 4 und Peters AcP 156 S. 333. Es liegt m. E. im Präsentationsrecht selbst schon diese Begrenzung.

³¹⁹ So z.B. RGZ 165 68 (77 f), OLG Karlsruhe aaO u. Peters aaO Scholz § 6 Anm. 7 S. 110 u. § 47 Anm. 7 S. 515; Steuler (Diss.) S. 54; Wittek (Diss.) S. 39

³²⁰ Bei Abstimmungsverpflichtungen wird ein Entfallen der Pflicht auch allgemein bejaht. Siehe z.B. Frantz (Diss.) S. 23; Grimm (Diss.) S. 46 Hueck Festschr. S. 406; Lübbert S. 166 u. Overrath S. 76

³²¹ Boldt MitbestG § 6 Anm. 5 S. 82 f; ders. in AG 1956 S. 10; ders. in MitbestG § 5 Rdn. 14 S. 61; Erle AG 1970 S. 31; Müller-Lehmann MitbestG § 6 Rdn. 57 f S. 148 f u. § 8 Rdn. 18 S. 164; Nikisch ArbR S. 632; Kötter MitbestergG § 7 Anm. 5 S. 66; v. Ruckteschell (Diss.) S. 137; unbek. Verfasser in BB 51 S. 338. Andere Ablehnungsgründe gibt es nicht, so daß auch im Montan-MitbestG man zu der Folgerung gelangen muß, daß die vorgeschlagenen Kandidaten ansonsten gewählt werden müssen. M.E. besteht darüber Klarheit; eine andere dem Sinn des MitbestG und dem Präsentationsrecht entsprechende Auslegung ist nicht ersichtlich. Die Frage wird man entgegen Schwerdtfeger S. 46 als geklärt ansehen müssen.

2. Bestellung eines anderen nach eigenem Ermessen

Oben wurde bereits der Grundsatz aufgestellt, daß die Gesellschafter als Bestellungsorgan für die Auswahl der präsentierenden Personen auf keinen Fall zuständig sind, hier könnte sich jedoch etwas anderes ergeben.

Hat der Präsentationsberechtigte von seinem Recht in mißbräuchlicher Weise Gebrauch gemacht, und einem unzumutbaren Organwalter bestellen zu lassen versucht, liegt insoweit ein erheblich größerer Verstoß gegen die Treuepflicht vor, als in dem Fall, daß eine Präsentation nicht stattfindet.

Eine Satzungsdurchbrechung wird man aber selbst im Einzelfall auch hier nicht zulassen können.

Da die Gesellschafterversammlung ohne Entziehung des Präsentationsrechts zur Auswahl einer Person nicht befugt ist, entbehrt sie in der Beziehung auch der Kompetenz zu rechtlich erheblicher Tätigkeit.³²²

Ohne eine vorherige Auswahl kann aber eine ordnungsgemäße Bestellung nicht zustande kommen. Auch für einen Dritten, der der Treuepflicht nicht unterliegt, gilt nichts anderes. Für eine ordnungsgemäße Bestellung ist es gleichgültig, wer Präsentationsberechtigter ist, wichtig ist allein, daß die Kompetenz nicht bei den Gesellschaftern liegt.

III. Zusammenfassung

Man kann als Ergebnis festhalten:

1.) Die Gesellschafter als Bestellungsorgan sind

³²² siehe z.B. Baltzer S. 73 u. Harde (Diss.) S. 126

nicht befugt, die mit dem Präsentationsrecht belegte Stelle nach eigenem Ermessen zu besetzen. Ihnen fehlt die Auswahlkompetenz, so daß trotz Bestellungskompetenz ohne den Berechtigten keine rechtswirksame Bestellung zustande kommt. Das Ergebnis ändert sich auch nicht, wenn der Präsentationsberechtigte sich grob pflicht- und treuwidrig verhält, sei es durch Unterlassung der Präsentation oder durch Benennung einer unzumutbaren Person.

2.) Die Gesellschafter haben mehrere Hilfsmöglichkeiten:

- a) Sie können die Bestellung einer unzumutbaren Person verweigern.
- b) Sie können, soweit eine Beschluß- und Handlungsunfähigkeit eines notwendigen Organs durch das Fehlverhalten provoziert wird, gerichtliche Hilfe im Wege der Notbestellung nach § 29 BGB analog heranziehen.
- c) Sie können bei besonders grober oder mehrfacher Pflicht- und Treuwidrigkeit des Berechtigten diesem das Präsentationsrecht entziehen. Dabei sind hier besonders strenge Anforderungen bei einem Gesellschafter als Berechtigten zu stellen, da § 35 BGB grundsätzlich eine Entziehung des Sonderrechts verbietet.
- d) Soweit es sich um einen Gesellschafter handelt, kann dieser in ganz krassen Fällen auch ausgeschlossen werden.
- e) In allen anderen Fällen hat die Gesellschaft die Möglichkeit, im Wege der analogen Anwendung von § 315 III BGB das nicht vollständig besetzte Organ ergänzen zu lassen.

3.) Bezüglich des gesetzlichen Präsentationsrechts in § 6 V M-MitbestG gilt:

- a) Personen, gegen die ein wichtiger Grund im Sinne von § 38 II GmbHG vorliegt, braucht die Gesellschafterversammlung nicht zu bestellen.
- b) Die Gesellschafterversammlung kann aber immer

nur präsentierte Personen bestellen, d.h., sie ist niemals in der Lage, ohne eine vorherige Benennung durch die AN die Aufsichtsratsstelle zu besetzen.³²³ Die Stelle bleibt solange unbesetzt.

³²³ Das Montan-MitbestG ist eben zwingendes Recht. In der Lit. daher allgemeine Meinung; Boldt, MitbestG § 6 Anm. 5 S. 82 f, ders. MitbestergG § 5 Rdn. 14 S. 6; Schwerdtfeger S. 46; Erle AG 70 S. 31; Kötter, MitbestergG § 7 Anm. 5 S. 66; v. Ruckteschell (Diss.) S. 30; Spieker (Diss.) S. 38 f

B. Fehlverhalten auf Seiten des Verpflichteten

Soweit wie hier angenommen werden soll, die Gesellschafter das Bestellungsorgan bilden, sind sie die eigentlichen Verpflichteten zur Herbeiführung der Organstellung des Präsentierten. Ihr Handeln gilt als Handeln der Gesellschaft, die aus der Satzung zur Bestellung verpflichtet wäre. Da eine juristische Person immer auf die Tätigkeit einer natürlichen angewiesen ist, zielt das Präsentationsrecht auf ein Handeln der Gesellschafter als Organ letztendlich ab.

Soweit sie der Forderung der Satzung zur Bestellung des Präsentierten nachkommen, hat die Gesellschaft ihrer Pflicht genügt.

Soweit die Gesellschafter sich jedoch anders verhalten, eine Bestellung entweder nicht beschließen oder jemanden anders bestellen, kann die Gesellschaft dem Anspruch des Berechtigten nicht genügen.

Während oben bereits die grds. Möglichkeiten zur Ablehnung der Bestellung und zur Bestellung an eigenem Ermessen diskutiert wurden, geht es hier um die Möglichkeiten des Berechtigten, die angestrebte Bestellung letztendlich durchzusetzen und gegebenenfalls den von den Gesellschaftern Bestellten zu entfernen.

I. Nichtbestellung des Präsentierten

In diesem Fall geht es um folgende Situation:

Der Präsentationsberechtigte hat die zu bestellende Persönlichkeit benannt, die Gesellschafter weigern sich aber, sie zu bestellen.

Durch die Benennung wird der Präsentierte noch nicht zum Organ. Die verfassungsmäßige Berufung ist vielmehr erst mit Vornahme des innerkörperchaftlichen Aktes, der Erklärung der Gesellschafter als Bestellungsorgan, dem Präsentierten

die Organwalterschaft zu übertragen, beendet.³²⁴

Soweit die Gesellschafter als Bestellungsorgan -und damit die Gesellschaft- sich jetzt weigern, ihrer statutarischen Pflicht zur Bestellung nachzukommen, wird also der Präsentierte nicht Organ.

In Teil A war dieses Verhalten rechtmäßig, ja sogar einzig richtig.

Es fragt sich jedoch, zu welchem Ergebnis man gelangt, wenn die Gesellschafter aus Verkenennung ihrer satzungsmäßigen Pflicht, z.B. schon bei einem Verdacht auf mögliche Ungeeignetheit, die Bestellung ablehnen.

Man könnte zwar auch hier auf die obige Erwägung zurückgreifen, und sagen, daß die Treuepflicht diesem Verhalten entgegensteht. Aufgrund der Treuepflicht wird man es als unzulässig ansehen müssen, die Bestellung zu verweigern. Unzulässige Rechtsausübung oder sogar vorsätzliche Schädigung des präsentationsberechtigten Mitgesellschafters wären hier u.U. die Ansatzpunkte.³²⁵

Aber ganz abgesehen davon, daß eine Treuepflicht eben nur Mitgesellschaftern gegenüber besteht, führen diese Überlegungen auch an einem anderen Grund nicht weiter:

Die Treuepflicht verbietet zwar, die Ausübung der Stellung als Bestellungsorgan zur Verhinderung der Ausübung von Rechten, bringt aber selbst keine Handhabe zur Verwirklichung des Präsentationsrechts.

Die Treuepflicht ist mehr als Abwehrrecht, das jedenfalls im speziellen Fall nicht zur Bestellung einer Person zum Organ führen kann.

Aus eben diesen Gründen fallen auch die Überlegungen, die am Sonderrechtscharakter des Präsen-

³²⁴ siehe auch oben 2. Kap. AI S. 36 ff; vor allem Baltzer S. 52 f u. 55, sowie Natzel, AG 59, 96

³²⁵ vergl. im Einzelnen siehe Baltzer (Diss.) S. 146 194; Frantz (Diss.) S. 11 u. Kühn (Diss.) S. 32; Bedenken demgegenüber Küster S. 50 ff

tationsrechts anknüpfen, aus. Zwar darf in ein Sonderrecht nicht eingegriffen werden, diese Aussage führt aber nur zur Unwirksamkeit des eingreifenden Beschlusses.³²⁶ Nicht aber wird man daraus einen gegenteiligen Beschluss herbeiführen können.³²⁷ Selbst wenn man darüberhinaus die entgegen der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung abgegebenen Stimmen als ungültig behandelt³²⁸, ergibt sich nichts anderes.

Dies alles sind zunächst reine Abwehrrechte, die nicht geeignet sind, die Bestellung von sich aus herbeizuführen.

Verbleibt den Gesellschaftern kein Ermessensspielraum, wenn der Präsentierte alle statutarischen Voraussetzungen erfüllt,³²⁹ so können sie doch durch Ablehnung der Bestellung verhindern, daß er Organ wird.

Ihre Stimmen werden auch nicht etwa gegenstandslos, wie es das RG einmal erwog,³³⁰ durch die Verpflichtung der Gesellschaft bleibt eine Freiheit der Gesellschafter mangels Identität voll erhalten.

Dann aber gibt es keine andere Möglichkeit, als diese Bestellung zwangsweise herbeizuführen.

³²⁶ siehe z.B. BGHZ 15, 177 (181); Groschuff § 45 Anm. 20 S. 204 u. Peters AcP 256, 319 jeweils m.w.N.

³²⁷ so wird man auch im Montan-MitbestG argumentieren müssen. Wenn also Müller-Lehmann, MitbestG § 6 Rdn. 58 S. 149 eine nicht gerechtfertigte Ablehnung für anfechtbar halten, führt das zu keinem konkreten Ergebnis. Allein aus der Anfechtbarkeit heraus ergibt sich noch nicht die Bestellung.

³²⁸ Dafür sind z.B. Andreae (Diss.) S. 46 u. Baaden (Diss.) S. 18 ff

³²⁹ so z.B. ausdrückl. BGH in BB 67, S. 309

³³⁰ In RGZ 165 68 ff (75)

Zwangsweise Durchsetzbarkeit

Bei der zwangsweisen Durchsetzbarkeit bietet sich normalerweise die Leistungsklage vor dem ordentlichen Gericht an.

Daneben setzt sich aber im Wirtschaftsleben in immer zunehmenderen Maße auch die Vereinbarung einer neutralen Stelle -eines Schiedsgerichts oder Schiedsrichters z.B.- durch. Für beide Fälle ergibt sich gleichermaßen die Grundfrage nach der Zulässigkeit der Klage.

Hielt früher das Reichsgericht die Klage auf Erfüllung einer Abstimmungsverpflichtung schon für unzulässig, so hat heute der BGH der schon lange absolut h.M. in der Literatur nachgegeben und die Zulässigkeit bejaht.³³¹

Das Hauptargument des RG, nämlich die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Eingriffs in die freie Willensbildung eines körperschaftlichen Organs, wurde damit gleichsam aufgegeben.³³²

Selbst wenn man also dazu käme, daß das Präsentationsrecht wie eine Abstimmungsvereinbarung durchzusetzen wäre, ergäben sich keine besonderen Bedenken gegen die Zulässigkeit.³³³

Im Einzelnen wird aber noch auf die Problematik im Rahmen der Untersuchung eingegangen.

a) Im Wege der Leistungsklage mit Zwangsvollstreckung

Wie schon angedeutet, geht es grundsätzlich um folgende Probleme:

Es ist fraglich, gegen wen sich die Klage richtet und gegen wen das Urteil vollstreckt werden soll.

³³¹ Siehe den Gang der Rspr. u. einer lückenlosen Aufzählung der entscheidenden Urteile sowie der Begründung des RG u. BGH bei BGHZ 48, 163 (169 ff) u. Fischer, Festschr. Kunze S. 103 ff

³³² Insoweit wurde im BGHZ 48, 163 ein echtes Grundsatzzurteil gefällt

³³³ Wieland S. 161 hält das Präsentationsrecht für eine Zusage der Gesellschaft, wobei weder daran gedacht sei, Klage auf Erfüllung zu erheben oder eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Das läßt sich hier mit der Auffassung aber nicht vereinbaren.

1.0 aa) Gegen wen richtet sich die Klage?

Geht man von einem Normalfall aus, daß die Gesellschafterversammlung Bestellungsorgan ist, bieten sich zwei Möglichkeiten an:

(1) Die Gesellschafter selbst könnten verpflichtet sein, ihre Stimmen für die Bestellung des Präsentierten abzugeben.

(2) Oder die Gesellschaft wird verpflichtet, die Bestellung herbeizuführen bzw. auszusprechen.

(1) Grundsätzlich wurde oben³³⁴ schon zu diesem Problem Stellung genommen. Wenn auch - mangels Handlungsfähigkeit der juristischen Person - letztendlich immer die Gesellschafter durch Beschluß tätig werden müssen, ist es doch fraglich, ob die Klage gegen sie zu richten ist.

Das Abstimmungsergebnis, der Beschluß, setzt sich selbst aus vielen Willenserklärungen -der jeweiligen einzelnen Stimmabgabe- zusammen.³³⁵

Er drückt als körperschaftlicher Gesamtwillensakt den Willen der GmbH aus,³³⁶ gerichtet darauf, z.B. dem zur Bestellung Anstehenden Organelgesellschaft zu verleihen.

Haben wir bereits oben die Bestellung selbst als Willenserklärung gerichtet auf einen Rechtserfolg qualifiziert, stellt sich jetzt die Frage, ob bei einem Präsentationsrecht die Gesellschaft verpflichtet wird, eine bestimmte Willenserklärung (den Bestellungsbeschluß) abzugeben.

Es käme auch in Betracht, daß die Gesellschafter Willenserklärungen abgeben, die in ihrer Gesamtheit dann ein bestimmtes Ergebnis -die Bestellung- herbeiführen sollen.

³³⁴ 2. Kapitel A II, 2 S.39f

³³⁵ Erman AG 59 S. 269

³³⁶ Siehe z.B. Baltzer S. 70; Feine S. 517 u. Natzel AG 59 S. 96

gebnis -die Bestellung-herbeiführen sollen?

(2) Die Tatsache, daß das Präsentationsrecht in der Satzung vereinbart wird und die GmbH eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, erlaubt folgende Aussagen:

1. Durch den Gesellschaftsvertrag als dem Lebensgesetz der GmbH werden keine Bindungen der Gesellschafter untereinander erzeugt, vielmehr bestehen grundsätzlich keine Verpflichtungen der Gesellschafter auf Erfüllung statutarischer Zusagen, dieses obliegt vielmehr der Gesellschaft selbst.³³⁷
2. Zum anderen ist immer nur die Gesellschaft für das satzungsmäßige Handeln ihrer Organe verantwortlich.³³⁸ Die Satzung schreibt nur der Gesellschaft selbst einen Weg vor und verpflichtet damit die für sie handelnden Organe als solche.

Selbst wenn man aus der statutarischen Vereinbarung des Präsentationsrechts heraus eine Verpflichtung der Gesellschafter bejahen würde, bestünde diese doch nur der Gesellschaft und nicht dem Präsentationsberechtigten gegenüber.³³⁹

Die Klage auf Einräumung einer Organstellung³⁴⁰ kann also gar nicht anders entschieden werden als die über die Rechtsgültigkeit dieser Einräumung.³⁴¹

³³⁷ BGH WM 73, 1296 (m.w.N.) und Hachenburg § 2 Einleitung S. 112 u. § 13 Anm. 3 S. 328

³³⁸ So richtig Steuler (Diss.) S. 49 ff

³³⁹ Das spricht Hueck, ZGR 72, 239 wohl an

³⁴⁰ Schon Otto von Gierke S. 186 f befaßt sich damit

³⁴¹ Von der selbst Brodmann § 46 Anm. 2 S. 185 zugibt, daß sie gegen die Gesellschaft zu richten ist.

Es wird allein³⁴² die Gesellschaft verpflichtet und verklagt und zwar auf Herbeiführung der Bestellung.³⁴³

Bei einem Präsentationsrecht geht das Recht auf die Bestellung selbst. Daß dazu verschiedene Stationen durchlaufen werden müssen, ist gleichgültig.

Wenn die Bestellung auch zeitlich mit dem Beschluß, dieser wiederum mit der Stimmabgabe als dessen Ergebnis zusammenfällt, so handelt es sich doch jeweils um verschiedene Qualitäten. Die Bestellung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, der Beschluß zunächst nur eine Stellungnahme der juristischen Person zum Beschlußthema und die Abstimmung Willenserklärung einer natürlichen Person.

Es wird von der Gesellschaft nur das Rechtsgeschäft gefordert, wobei aber notwendige und hinreichende Bedingung die Willenserklärung gerichtet auf die Bestellung ist.

Der entscheidende Angriffspunkt der Gegenmeinung verschiebt sich daher in Richtung auf die Willenserklärung.³⁴⁴

³⁴² Entgegen Peters AcP 156, 331 wird allein die Gesellschaft verpflichtet. Es ist kein Grund ersichtlich, woraus Peters die parallele Verpflichtung der Gesellschafter und der Gesellschaft ableiten will. Ebenso wenig erscheint dies zur Erreichung des auch von ihm angestrebten Ergebnisses notwendig zu sein.

³⁴³ So auch Peters aaO S. 331 f; Grimm (Diss.) S. 90 f v. Godin in Ablehnung der Entscheidung RGZ 170; 358 ff in ZAFdR 43, S. 214; Mertens, Problem der GmbH-Reform S. 119; Steuler (Diss.) S. 50 f

³⁴⁴ Gegen die Meinung von allem RGZ 170, 358 (371) als Konsequenz der vorangegangenen Rspr. unter Verknennung der unterschiedlichen Sachverhalte. Aber auch Hachenburg 6. Aufl., Einleitung S. 149 § 35 Anm. 42 S. 21 u. Wolany S. 212 f

Es soll aber gerade nicht in die Willensbildung, deren Ergebnis die Willenserklärung ist, eingegriffen werden. Es wird auch die Abstimmung, d.h., die Willensbildung der Gesellschaft durch Willenserklärung der Gesellschafter verlangt oder beeinflusst, es wird vielmehr nur die Willenserklärung der Gesellschaft, gerichtet auf die Bestellungswirkung, verlangt. Die zeitliche Identität spielt hier abstrakt gesehen keine Rolle.

Die Klage auf Bestellung richtet sich also gegen die Gesellschaft, sie allein ist passiv legitimiert.

bb) Vollstreckung des Urteils

Als weiteres Problem ergibt sich hier die Frage nach der Durchsetzbarkeit des Urteils. Während noch das RG in ständiger Rspr. die Verurteilung der Gesellschaft zur Abgabe der Stimme in einem bestimmten Sinne ablehnte³⁴⁵, vor allem auch wegen fehlender Vollstreckungsmöglichkeiten, hat der BGH diese Rspr. auch in dieser Beziehung nicht fortgeführt.³⁴⁶ Damit hat er sich zwar grds. zum Standpunkt der Literatur bekannt, den Streit hinsichtlich der Art und Weise der Durchsetzung allerdings hat er nicht zu schlichten vermocht. Während auch jetzt noch Streit darüber besteht, ob und wann § 894 ZPO und wann § 888 oder 887 ZPO anzuwenden sind³⁴⁷, ist es hier zunächst nur wichtig, daß sogar eine grundsätzliche Vollstreckbarkeit eines Urteils auf Abgabe der Stimme in einem bestimmten Sinne bejaht wird.

Damit ist selbst für diejenigen, die der obigen Überlegung nicht folgen und die Gesellschafter für verpflichtet halten, eine Vollstreckung des Urteils möglich.

Geht man nach der hier vertretenen Ansicht vor, läßt sich folgendes aus der neueren Rspr. herleiten:

³⁴⁵ Lückenlose Aufstellung bei BGHZ 48, 163 (169) v. Fischer, Festschr. f. Kunze S. 103

³⁴⁶ BGH aaO

Wenn schon eine bestimmte Abstimmung eines Gesellschafters erzwungen werden kann, wenn also dessen Willenserklärung herbeigeführt werden kann, so muß auch die Summe der Willenserklärungen aller Gesellschafter dies sein.

Die Summe der Willenserklärungen aller abstimmenden Gesellschafter ist aber -sofern Beschlußfähigkeit vorliegt- wiederum eine Willenserklärung. Diese allerdings wird der Gesellschaft, nicht den Gesellschaftern zugerechnet.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so zielt das Urteil auf die Bestellung des Präsentierten, also letztlich auf diese Willenserklärung ab.

Die einzelnen Willenserklärungen der Gesellschafter sind zwar im Normalfall notwendig zur Erreichung dieses Ergebnisses, jedoch richtet sich das Urteil in Anbetracht der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH nicht gegen sie, sondern gegen die Gesellschaft. Diese hat die Willenserklärung abzugeben, die internen Wege zur Herbeiführung dieser Erklärung sind gleichgültig.

Damit liegt eine Vollstreckung gem. § 894 ZPO nahe.

(1) § 894 ZPO

§ 894 ZPO fingiert die Abgabe der Willenserklärung.³⁴⁸ Diese Vorschrift ist nicht auf bestimmte Willenserklärungen beschränkt, ihrer Anwendbarkeit steht hier nichts entgegen.³⁴⁹

Unter dem Aspekt, daß hier nicht jeder einzelne Gesellschafter zur Abstimmung in einem bestimmten Sinne verurteilt wird, sondern die Gesellschaft auf Herbeiführung der Bestellung, scheint § 894 auch die richtige Norm zu sein.

Sie stellt die weitaus klarste und einfachste Regelung dar, weil durch sie das Ziel unmittelbar erreicht wird.³⁵⁰ Darüberhinaus ist die Anwendung auf die GmbH auch einem anderen Fall schon anerkannt: bei der Entlastung nämlich.

³⁴⁷

S. dazu z.B. Fischer u. der BGH aaO, aber auch Erman AG 59, 301 f; Mertens JR 67, 462 f; Löwenheim JuS 69, 264 f; Fischer GmbHRSch 53, 69 u. Peters, JZ 68, 27 f

Der allgemein anerkannte Anspruch auf Entlastung soll im Wege der Klage gegen die Gesellschafter und nachträglicher Vollstreckung nach § 89⁴ ZPO geltend gemacht werden können.³⁵¹

Genau wie die Entlastung hat aber auch die Bestellung den Charakter der Willenserklärung, genauso wie an die Entlastung knüpft das Gesetz an die Bestellung bestimmte Rechtsfolgen.

Es ist also nicht einzusehen, warum dann unterschiedliche Vollstreckungsarten angewandt werden sollen.³⁵²

(2) Vollstreckung gem. § 887, 888 ZPO

Demgegenüber könnte man den Charakter der Bestellung als innerkörperschaftlichen Akt stärker heranziehen und damit zu einem anderen Ergebnis kommen. Gem. § 887 ZPO könnte man entweder den Präsentationsberechtigten ermächtigen, die Bestellung auszusprechen, oder man könnte im Wege des § 888 ZPO Zwang auf die Gesellschaft ausüben.

Der Weg des § 887 ZPO erscheint hier m.E. als ausgeschlossen. Außer in den wenigen Fällen der Notbestellung ist das Gericht nicht befugt, Organe der Gesellschaft zu schaffen. Ein ganz neues Organ, ein zusätzliches Bestellungsorgan, was der Präsentationsberechtigte nämlich dann wäre, kann es überhaupt nicht schaffen. So weit reicht die Kompetenz des staatlichen Gerichts nicht, der Ein-

³⁴⁸ Im Einzelnen siehe Baumbach-Lauterbach (Hartmann) § 89⁴ Anm.3 S. 1659

³⁴⁹ Baumbach-Lauterbach aaO Anm.1

³⁵⁰ So richtig Fischer, Festschr. f. Kunze S.106

³⁵¹ Siehe z.B. Hachenburg § 45 Anm.26 S.159 u. Grimm (Diss.) S.90f, jeweils m.w.N.

³⁵² Darauf verweisen vor allem Peters, AcP 156,332, Grimm aaO und v. Godin ZAFdr 43, 214; v. Godin verweist richtigerweise auf diese Überlegung bei seiner Kritik an dem Urteil RGZ 170, 358. Genau das muß in diesem Fall dem RG auch vorgehalten werden.

griff in die Verbandsautonomie wäre zu weitgehend.

Aber auch § 888 ZPO ist wohl nicht der richtige Weg.

Die Bestellung ist zwar sowohl innerkörperschaftlicher Akt wie auch Rechtsgeschäft; bezüglich des Präsentationsberechtigten dominiert aber das Rechtsgeschäft.

Die Hauptsache aus der Sicht des Präsentationsberechtigten liegt in der Übertragung der Organwalterstellung.

Er verlangt von der Gesellschaft kraft der Satzung Abgabe der entsprechenden Willenserklärung, die dann innerkörperschaftliche Auswirkung hat. Es kommt ihm auf Herbeiführung des Erfolgs an, den eben nur diese Willenserklärung bzw. dieses Rechtsgeschäft herbeiführen kann.

Daher scheint es mir wirklichkeitsnaher zu sein, die Willenserklärung dann durch § 894 herbeizuführen.

Daß daneben ein körperschaftlicher Akt vollzogen wird, den nur ein Gesellschaftsorgan und nicht das Gericht vollziehen kann, muß demgegenüber zurücktreten.

Das auf Abgabe der Bestellungserklärung bzw. Vornahme des Bestellungsaktes gerichtete Urteil richtet sich somit in der Hauptsache auf Abgabe einer Willenserklärung und ist gem. § 894 ZPO zu vollstrecken.³⁵³

b) Vereinbarung einer neutralen Stelle

Grundsätzlich ist für die Erledigung von Streitig-

³⁵³ So auch Peters, Grimm, v. Godin aaO. Ohne besondere Begründung im Ergebnis auch Steuler (Diss.) S. 51 u. Mertens, Probleme der GmbH-Reform S. 119 Fn S. 63; insoweit kann Gessler, GmbHRSch 74, 203 auch nicht zugestimmt werden, wenn er pauschal u. ohne Begründung davon ausgeht, daß die Verpflichtung der Gesellschaft zur Bestellung nicht erzwungen werden könnte. Die von ihm zitierten Urteile des RG sind entweder durch den BGH überholt oder nehmen ein Präsentationsrecht nicht an.

keiten aus den Rechtsverhältnissen des Gesellschaftsvertrages das ordentliche Gericht zuständig. Da aber gerade eine Streitigkeit im Rahmen eines Präsentationsrechts immer etwas "delikat" ist, kann man die Schlichtung und Entscheidung des Rechtsstreits auch einer neutralen Stelle überlassen.

Es bietet sich dazu an:

- aa) ein Schiedsgericht,
- bb) ein neutraler Dritter

aa) Schiedsgericht

Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts richtet sich normalerweise nach §§ 1025 ff ZPO.

Schiedsgerichte können nach wohl h.M. und Rspr.³⁵⁴ in der Satzung vereinbart werden und sind dann Abreden i.S. des § 1048 ZPO.

Insoweit bedürfen sie dann auch nicht der Form des § 1027³⁵⁵. Das gilt jedenfalls, soweit das Schiedsgericht für die Streitigkeit aus einem Präsentationsrecht zuständig sein soll,³⁵⁶ da es sich hier nicht um individualrechtliche Streitigkeiten handelt.

Daß hier überhaupt auf die Vereinbarungsmöglichkeit eines Schiedsgerichts eingegangen wird, hat folgenden praktischen Hintergrund: Die Wirtschaft hat in zunehmendem Maße, gerade auch bei gesellschaftsvertraglichen Streitigkeiten, Schiedsgerichtsvereinbarungen getroffen.³⁵⁷

Das hat folgende Vorteile:

1. Es kann ein Spruch eines Schiedsgerichts viel schneller erreicht werden.³⁵⁸

³⁵⁴ Siehe dazu z.B. ROZ 165, 140 ff; 147, 24 ff; BGHZ 38, 157 ff; Sudhoff GV der GmbH S. 474 f; jeweils m.w.N. zu der umfangreichen Stellungnahme in Lit. u. Rspr.

³⁵⁵ Siehe dazu z.B. BGH u. Sudhoff aaO m.w.N.

³⁵⁶ BGH aaO

³⁵⁷ Siehe z.B. Sudhoff, Unternehmensnachfolge S. 177 ff der auch die Abgrenzung Schiedsrichter/Schiedsgutachter bringt und die Vorteile jeweils aufzeigt.

³⁵⁸ Siehe Baltzer (Diss.) S. 162 f

Dadurch kann eine Stagnation in der Personalentscheidung verhindert bzw. zeitlich möglichst beschränkt werden.³⁵⁹

2. Die Auswahl der Richter obliegt den Beteiligten. Man wird diejenigen Personen als Schiedsrichter zu gewinnen versuchen, die der Interessenslage der Beteiligten am besten gerecht werden.³⁶⁰ Gerade bei einem Präsentationsrecht ist eine Sachkenntnis und Vertrautheit mit Personalauswahl und grundsätzlichen Erfordernissen der entsprechenden Gesellschaft dringend erforderlich. Nur so kann gewährleistet werden, daß ein im konkreten Fall wichtiger Grund gegen die Bestellung auch erkannt wird.
3. Soweit der Präsentationsberechtigte Gesellschafter ist, liegt ein erhebliches Interesse der Gesellschaft vor, die Streitigkeiten unter den Gesellschaftern nicht öffentlich auszutragen.³⁶¹ Dasselbe gilt in eingeschränkten Maßen auch in der Beziehung zu einem Dritten.

Darüberhinaus aber wird man im Falle des Präsentationsrechts dem Schiedsgericht noch eine wesentliche Funktion zuerkennen müssen:

Soll es den Streit um die Bestellung endgültig entscheiden, so wird es nicht nur eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung aussprechen können. Soweit es, wie hier angenommen, diese Funktion satzungsgemäß erhält, wird es zu einem besonderen Bestellungsorgan für den Streitfall.³⁶²

³⁵⁹ Immenga S. 342

³⁶⁰ Altvater (Diss.) S. 15 f u. Baltzer aaO

³⁶¹ Altvater aaO und Baltzer (Diss.) S. 162 f

³⁶² Hierfür grundlegend BGH aaO u. BGHZ 43, 261; Immenga S. 343 ff; ders. GmbHRsch 61, S. 111 f und Habscheid, KTS 66, 1 ff u. 64, 79 ff

Die Gesellschafter haben ihm nämlich dann die letzte Entscheidung über die Bestellung eingeräumt. Die oben aufgezeigten Gründe, ein Schiedsgericht zu vereinbaren, lassen erkennen, daß im Fall der positiven Gerichtsentscheidung die Gesellschafter damit auch gleichzeitig eine Entscheidung über die Bestellung haben wollen.

Das kann aber dann nur so ausgelegt werden, daß das Schiedsgericht den Beschluss der Gesellschafter ersetzen soll.³⁶³

Dies geschieht kraft der Verbandsautonomie innergesellschaftlich durch Übertragung der Bestellungsbezugnis. Da der Bestellende Organ der Gesellschaft ist, kann man daher zu Recht von dem Schiedsgericht als Organ der Gesellschaft sprechen, jedochfalls soweit es Streitigkeiten im Rahmen des Präsentationsrechts entscheiden soll.

Darin liegt in der Beziehung seine besondere Stärke, u.U. aber auch -bezüglich der unterliegenden Partei- seine besondere Schwäche bzw. Gefährlichkeit. In Anbetracht dessen, daß keine Entscheidung meist der wohl schlechteste Weg ist, wird man einem Schiedsgericht zur Entscheidung der Streitigkeiten aus dem Präsentationsrecht für optimal halten müssen.

Da eine Entscheidung von mehreren die wahrscheinlich ausgewogenere sein wird, empfiehlt sich die Vereinbarung eines Schiedsgerichts mit drei- oder fünfköpfiger Besetzung.

bb) Neutraler Dritter

Ebenso ist es auch möglich, einen neutralen Dritten -als Schiedsrichter etwa- einzusetzen. Setzt man ihn als Schiedsrichter ein, so gilt das eben Gesagte, er wird besonderes Bestellungsorgan im Streitfall.

³⁶³ Darauf verweist besonders Immenga, GmbHRSch aaO. Das gilt bezügl. des ordentlichen Gerichts nur insoweit, als man mit der Vollstreckung nach § 894 ZPO dasselbe Ergebnis erreicht. Dazu bedarf es aber erst eines rechtskräftigen Urteils, über dessen Vollstreckung die Bestellung herbeigeführt wird.

Man kann einen Dritten aber auch als Schiedsgutachter einsetzen.

Als Schiedsgutachter hat er in entsprechender Anwendung des § 317 BGB lediglich zu entscheiden, ob das Bestellungsorgan berechtigt war, den Präsentierten aus wichtigem Grund abzulehnen.

Mit seiner Entscheidung, ob ein wichtiger Grund gegen diesen vorliegt oder nicht, wäre die Berechtigung der Ablehnung bzw. die Verpflichtung zur Bestellung ausgesprochen.

Damit würde sich aber gleichzeitig auch seine Tätigkeit erschöpfen. Sollte die Gesellschaft, bzw. das Bestellungsorgan nicht dementsprechend handeln, müßte doch der Weg zum ordentlichen Gericht beschritten werden. Da der Schiedsgutachter selbst nicht die Bestellungsbefugnis hat, wird er auch nicht für die Gesellschaft in Organfunktion tätig.

2. Besondere Behelfsmöglichkeiten

In manchen Situationen ist es denkbar, daß dem Berechtigten weniger an der späteren Erfüllung gelegen ist, als daran, aus der pflichtwidrigen Nichtbestellung Rechtsfolgen herzuleiten.

Es bietet sich grundsätzlich der Schadensersatz an, darunter auch der pauschalisierte, d.h. χ die Vertragsstrafe.

a) Vereinbarung einer Vertragsstrafe.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird dann zweckmäßig, wenn es dem Präsentationsberechtigten besonders auf eine pünktliche Erfüllung seines Anspruchs ankommt.

Sie bietet ihm trotz seines gerichtlich durchsetzbaren Anspruchs eine weitere Gewähr dafür, daß der Präsentierte auch bestellt wird.³⁶⁴

Mit Vereinbarung einer Strafe für nicht rechtzeitige Bestellung des Präsentierten kann eine kontinuierliche Besetzung des entsprechenden Amtes mit vom Berechtig-

³⁶⁴ Siehe z.B. Baumbach-Hueck § 47 Anm. 36 S. 237; Grimm (Diss.) S. 68 u. Janberg-Schlaus AG 68 S. 36

ten ausgewählten Persönlichkeiten erreicht werden. Darüber hinaus kann für die Zeit zwischen Ablehnung und gerichtlicher Durchsetzung dem Berechtigten ein Schaden entstehen, den er meist schwer wird beweisen können. Auch in dem Fall wäre die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zweckmäßig.³⁶⁵

Schuldner der Vertragsstrafe wie auch eines Schadensersatzanspruches ist die Gesellschaft, da diese auch die Bestellung des Präsentierten schuldet. Soweit der Berechtigte allerdings Gesellschafter ist, erscheint diese Lösung ihm gegenüber insoweit als teilweise unbillig, da die Vertragsstrafe wie auch der Schadensersatzanspruch überhaupt sich gewinnmindernd auswirkt. In diesem Fall müßte der Berechtigte einen Teil seines Anspruchs durch eine entsprechende Verringerung der Gewinnausschüttung oder Wertminderung seines Anteils selbst bezahlen. In Anbetracht dessen, daß es letztlich den Übrigen Gesellschaftern oblag, mit ihrer Stimme den geforderten Beschluß herbeizuführen, muß ihnen auch die Zahlung des Schadens und der Vertragsstrafe auferlegt werden. Intern wäre also die Vertragsstrafe und der Schadensersatz sowie die Kosten des möglicherweise geführten Prozesses mit der Gesellschaft auf die Gewinnanteile der Übrigen Gesellschafter zu verrechnen.

Soweit sich nur einzelne pflichtwidrig verhalten haben und dadurch der Anspruch ausgelöst wurde, muß es den sich pflichtgemäß verhaltenden Gesellschaftern möglich sein, diese Belastung von sich abzuwälzen.

Folgt man der neueren Meinung, die auch Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern grundsätzlich nicht ausschließt, ja sogar die Gesellschafter untereinander verpflichtet, die im Gesellschaftervertrag festgesetzten Leistungen zu erbringen,^{365a} so wird man auch in diesem Falle Schadensersatzansprüche

³⁶⁵

Im Wesentlichen lassen sich hier genau die schon bei Stimmbindungsvereinbarungen diskutierten Gründe aufzählen. Bloß besteht für das Präsentationsrecht kein so eklatantes Interesse an der Vereinbarung einer Vertragsstrafe, wie bei Stimmbindungsvereinbarungen. Das ist u.a. die Folge der statutarischen Absicherung. Zur Vertragsstrafe bei Stimmbindungen s. z.B. Baumbach-Hueck, Grimm u. Janberg-Schlaus

der Gesellschaft untereinander bejahen müssen. Wenn man nach dieser Meinung schon die einzelnen Gesellschafter untereinander einen klagbaren Anspruch auf positives Handeln, wie z.B. Mitwirkung bei Feststellung des Jahresabschlusses, haben,^{365b} so wird man ihnen bei Verletzung dieser Mitwirkungspflicht, welche einen Schaden der Gesellschaft heraufbeschwört, auch einen entsprechenden Schadensersatz gewähren müssen. Hat jeder Gesellschafter gegen den anderen einen Anspruch auf satzungsmäßiges Verhalten, so muß auch ein entsprechender Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Satzung bestehen.

Nach der älteren Meinung ist ein solcher Anspruch jedoch ausgeschlossen,^{365c} auch aus der gesellschaftlichen Treuepflicht folgt keine Verpflichtung des Gesellschafters den anderen Gesellschaftern gegenüber, für den Präsentierten zu stimmen. Jedoch hat die Gesellschaft selbst einen Anspruch auf satzungsmäßiges Verhalten gegen ihre Gesellschafter, woraus ein Schadensersatzanspruch im gegenteiligen Falle folgt. Dieser Anspruch ist grds. von den dafür berufenen Organen geltend zu machen und dann ggfs. intern auf die Gewinnanteile zu verrechnen. Sollte sich aber die Geschäftsführung, aus welchen Gründen auch immer, weigern, diesen Anspruch durchzusetzen, so haben nach dieser Meinung die einzelnen Gesellschafter selbst im Rahmen der actio pro socio die Möglichkeit, die Leistung an die Gesellschaft zu fordern.^{365d}

³⁶⁵ aaO, aber auch Dietz, W.D. (Diss.) S. 107 ff und Uhlenbruck DB 67 S. 1930

^{365a} Vergl. hierzu die von Schilling in Hachenburg, 7. Aufl. § 13 Rdn. 6 f entgegen der Voraufgabe vertretbare Meinung. Vgl. auch die dort aufgeführte Lit. u. Rspr., welche in der Tat eine entsprechende Tendenz aufweist.

^{365b} Schilling aaO

^{365c} Vergl. dazu Hachenburg 6. Aufl. § 2 Einl. S. 112 mwN

^{365d} Schilling in Hachenburg, 7. Aufl. § 13 Rdn. 8

Beide Meinungen führen damit zum selben Ergebnis, wobei die neuere Meinung nur einen zusätzlichen eigenen Anspruch der Gesellschafter bejaht, den Anspruch der Gesellschaft selbst nicht ausschließt.

b) Schadensersatz

Der Präsentationsberechtigte kann aber auch, soweit ihm für die Zeit zwischen Ablehnung und Bestellung ein Schaden entsteht, diesen gegen die Gesellschaft geltend machen. Der Schaden kann darin bestehen, daß z.B. bei einer wichtigen Entscheidung kein von ihm Präsentierter Organmitglied war und daher u.U. die Entscheidung so und nicht anders ausfiel.

Das wird aber, vor allem bezüglich der Kausalität, schwerlich zu beweisen sein, der grundsätzlich gegebene Anspruch wäre in den seltensten Fällen bezifferbar.

Es darf bei Vertragsstrafe und Schadensersatz im Ergebnis nicht verkannt werden, daß sie im Rahmen des Präsentationsrechts nur eine sehr geringe Rolle spielen können. Im Gegensatz zu den Stimmbindungsvereinbarungen dienen sie hier nicht zur Durchsetzung der Vereinbarung oder Verhinderung der Bestellung einer anderen Person.

Die Gesellschaft kann nämlich, statutarisch abgesichert, weder eine andere Person bestellen noch die Bestellung des Präsentierten letztendlich verweigern.

Sie kann lediglich dessen Bestellung verzögern und genau dafür nur kann die Vereinbarung einer Vertragsstrafe sinnvoll sein.

II. Bestellung eines anderen statt des Präsentierten

Anstatt die Bestellung des Präsentierten zu verweigern, können die Gesellschafter auch gleich denjenigen bestellen, der ihnen geeigneter erscheint. .

Wurde bereits oben³⁶⁶ gesagt, daß die Gesellschafter auch im Falle der unterlassenen Präsentation keinen anderen nach ihrem Ermessen wählen dürfen, so gilt das erst recht für den Fall, in dem der Präsentationsberechtigte tätig geworden ist.

Darf auch bei einem wichtigen Grund gegen den Präsentierten lediglich dessen Bestellung abgelehnt werden, so muß erst recht bei einer statutenmäßig richtig erfolgten Präsentation die anderweitige Besetzung der Organwalterstelle als unzulässig abgelehnt werden.

Sofern die Gesellschafter unter Verkennung oder bewußter Verletzung dieser Rechtsposition einen anderen als den Präsentierten bestellen, ergibt sich die Frage nach der Wirksamkeit der Bestellung sowie der Möglichkeit zur Entfernung des Bestellten aus seinem Amt.

1. Wirksamkeit der Bestellung

Zwar verstößt das bewußte Übergehen des Präsentierten gegen die dem Präsentationsberechtigten geschuldete Treuepflicht.³⁶⁷

³⁶⁶ 3. Kap. A I, 1 u. A. II, 2 S. 90 ff u. S. 102 ff

³⁶⁷ Siehe BGHZ 9, 157, 163; v. Falkenhausen S. 28; Fichtner BB 62, 823; Petersen (Diss. S. 82 f Vogel, W. S. 40

Zunächst entfällt dieses Argument jedoch bei einem Dritten als Berechtigten, ihm gegenüber wird keine gesellschaftliche Treuepflicht geschuldet. Zum anderen gilt dies nicht bei einer bloßen Verkenning der Rechtsposition des Präsentierenden und sagt auch nichts über die Wirksamkeit der Bestellung aus.

Selbst bei einem Verstoß gegen die Treuepflicht wird der Körperschaftliche Akt der Bestellung nicht etwa unwirksam, es käme höchstens eine nachträgliche Beseitigung in Betracht.

Gegen die Wirksamkeit könnte aber die Unzuständigkeit der Gesellschafter sprechen.

Sieht man den Grund der Geltung der Beschlüsse in der Unterwerfung der Mitglieder³⁶⁸, kann man hier an einer Unterwerfung zweifeln. Unterwerfung unter den Beschluß liegt nur so weit vor, als er die reine Bestellung betrifft. Die Auswahl obliegt nicht den Gesellschaftern, insoweit wird ei Organkompetenz überschritten. Legt man den Hauptakzent auf diese Tatsache, so würde das Bestellungsorgan insoweit seine Zuständigkeit überschritten haben und damit nicht rechtlich relevant tätig geworden sein.³⁶⁹

Die Bestellung könnte somit bloß ein tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung sein.³⁷⁰

Die so zum Organ bestellte Person wäre nicht verfassungsmäßig berufen und somit auch nicht Organ.³⁷¹

³⁶⁸ Das Gestaltungsrecht geht dann konsequenterweise auch nur so weit, wie eine zweifelsfreie Unterwerfung vorliegt. Siehe dazu Böttcher S. 29

³⁶⁹ Baltzer S. 52 u. 73

³⁷⁰ Baltzer S. 73

³⁷¹ Schon O.v. Gierke S. 674 f

Diese Überlegung kann uneingeschränkt dort gelten, wo das Bestellungsrecht übertragen wurde. Dort könnten die Gesellschafter nicht bestellend tätig werden, der von ihnen berufene wäre tatsächlich nicht Organ.³⁷²

Hier aber fehlt es nicht an der Bestellungskompetenz. Den Gesellschaftern steht zwar lediglich diese Zuständigkeit zu, im Verhältnis zum Organ und zur Organeigenschaft einer gewählten Person reicht dies aber aus.

Die Auswahl ist der rein innere Vorgang der zur Person der zu Wählenden führt, die Bestellung aber der Akt, der die Organeigenschaft verleiht. Dafür aber liegt die Kompetenz der Gesellschafter vor, ein entgegen dem Präsentationsrecht bestelltes Organmitglied ist damit zunächst einmal grundsätzlich wirksam berufen.

Es trifft zwar de facto die Gesellschafter die Pflicht, ihre Stimme nur für einen Präsentierten abzugeben, da aber die Gesellschaft die Verpflichtete ist, äußert eine anders abgegebene Stimme in Beziehung auf den Beschluß keine Wirkung. Die Stimmabgabe selbst und der Beschluß bleiben grundsätzlich gültig.³⁷³

³⁷² Soweit man nicht der Theorie der reinen Delegation folgt und in dem Fall die Rückholung der Kompetenz bejaht.

³⁷³ So auch Peters AcP 156, 313 u. wohl auch Steuler (Diss.) S. 45 u. 47 u. Baumbach-Hueck § 6 Anm. 3 A S. 47. Die entgegen der Verpflichtung aus dem Präsentationsrecht abgegebene Stimme ist auch nicht etwa aus anderem Grund ungültig, wie Baaden (Diss.) S. 18 f meint. Der anders abstimmende Gesellschafter geht nicht über den ihm kraft seines Mitgliedschaftsrechts gezogenen Rechtskreis hinaus, da er für die Bestellung selbst ja zuständig bleibt. Lediglich hinsichtlich der Wahl der Person ist er unzuständig, was aber die abstrakte Bestellung nicht berührt.

Die Rechtszuständigkeit ist eine andere Frage. Das gilt zunächst unabhängig davon, ob der Präsentationsberechtigte ein Gesellschafter oder Dritter ist.³⁷⁴

- a) Bei einem Gesellschafter jedoch ergibt sich noch ein entscheidender Gesichtspunkt aus der Rechtsnatur des ihm übertragenen Rechts. Soweit einem Gesellschafter das Präsentationsrecht zusteht, stellt dies für ihn ein Sonderrecht dar.³⁷⁵

Durch eine Bestellung entgegen seiner Präsentation wird dieses Recht berührt und beeinträchtigt. Sonderrechte werden auch dann beeinträchtigt, wenn sie nicht ausdrücklich aufgehoben oder beschränkt, sondern lediglich mißachtet werden.³⁷⁶ Schutz vor Beeinträchtigungen gibt der auch im GmbH-Recht anwendbare § 35 BGB. Fraglich ist nur wie weit der Schutz geht.

Einigkeit besteht darüber, daß ein Sonderrecht durch einen Beschluß der Gesellschafter nicht verletzt werden darf. Durch Bestellung eines anderen als dem Präsentierten wird aber das Sonderrecht auf Besetzung einer Organwalterstelle nach eigenem Ermessen verletzt. Die

³⁷⁴ Man kann das Präsentationsrecht auch nicht etwa mit einer Zustimmungserfordernis gleichsetzen. Selbst dann aber hält, jedenfalls soweit dies einem Dritten obliegt, W. Vogel S. 21 entgegen Ulmschneider (Diss.) S. 11, den Beschluß ohne Zustimmung für grundsätzlich wirksam.

³⁷⁵ 2. Kapitel A II, 1 S. 39

³⁷⁶ so ausdrücklich Wolany S. 180

Die Folge wäre dann die schwebende Unwirksamkeit dieses Beschlusses.³⁷⁷ Nur die Zustimmung des Betroffenen, also des Präsentationsberechtigten, kann den schwebend unwirksamen Beschluß wirksam werden lassen, andernfalls wird er voll unwirksam.

Das bedeutet hier, daß der Bestellungsbeschluß unwirksam wäre, Aus einem unwirksamen Bestellungsbeschluß kann aber keine wirksame Bestellung erfolgen. Die Bestellung setzt gerade einen wirksamen Beschluß voraus.

- b) Soweit ein Sonderrecht auf Präsentation besteht, d.h., soweit einem Mitglied dieses Recht eingeräumt ist, kann eine wirksame Bestellung eines anderen nicht erfolgen. Soweit jedoch ein Dritter Präsentationsberechtigter ist, stellt dies für ihn kein Sonderrecht dar.

Es unterliegt daher auch nicht dem Schutz, dem der Gesellschafter in Bezug auf § 35 BGB unterliegt. Bei einem Dritten ergibt sich kein Grund, warum die Bestellung nicht wirksam sein sollte, sie ist nur möglicherweise nachträglich zu beseitigen.

³⁷⁷ Siehe für die Verletzung des Sonderrechts u. die Folgen u.a. BGHZ 15, 177 (181) mwN. aus der Rspr.; Brodmann § 47 Anm. 4 a u. d.S. 192; Fischer JZ 56. 363; Fischer Festschr. Schmidt S. 122; Groschuff § 45 Anm. 2 c S. 204; Hachenburg § 45 Anm. 18 S. 123 u. Anm. 47 S. 138; Harde (Diss.) S. 127; Peters AcP 156, 319; Rücker (Diss.) S. 83; Sudhoff S. 246; Vogel, H § 14 Anm. 2. S. 95; Vogel P.W. (Diss.) S. 23; Vogel, W. S. 118 u. 121; Wilke in Handbuch RZ 398, S. 178 u. RZ 472 S. 215; Wolany S. 180; Winkler DNotZ 69, S. 408. Abweichend davon vertritt Scholz § 14 Anm. 10 S. 181 u. § 45 Anm. 31 S. 496 die Meinung, der Beschluß sei nur relativ, d.h. dem Berechtigten gegenüber unwirksam. Das ist aber unpraktisch und wird auch allgem. abgelehnt. Es hätte die Wirkung, daß die Bestellung nach außen hin wirksam wäre, d.h. der Berechtigte erst auf Abberufung und Einsetzung des Präsentierten klagen mußte. Der Schutz des Sonderrechts wäre wesentlich geringer und ist daher im Hinblick auf § 35 BGB abzulehnen.

2. Entfernung des Bestellten aus seinem Amt

Hier ergeben sich sowohl für den Gesellschafter als auch für den Dritten die praktischen Probleme: Was soll der Gesellschafter tun, wenn die Gesellschafterversammlung nicht bereit ist, sich oben angegebenen Argumenten zu beugen, sondern den von ihnen nicht wirksam Bestellten weiterhin als Geschäftsführer behandelt?

Was soll und kann der Dritte tun bzw. was sollen und können einzelne Gesellschafter zur Unterstützung des Dritten tun?

Das Körperschaftsrecht bietet hier die Anfechtungsklage an. Zwar enthält das GmbH-Recht selbst keinerlei Handhabe, man wendet aber allgemein die aktienrechtlichen Regeln zur Ausfüllung dieser Lücke an,³⁷⁸ ein statutenwidriger Beschluß ist nach ganz h.M. anfechtbar.³⁷⁹

a) Anfechtungsklage gem. § 243 AktG analog

In der Umgehung des Präsentationsberechtigten wird der gesellschaftsvertraglich vorgeschriebene Ablauf der Organbestellung nicht eingehalten. Damit liegt ein Verstoß gegen die Satzung vor.

=

³⁷⁸ Siehe z.B. Hachenburg § 45 Anm. 15 S. 144; Wilke in Handbuch RZ 468 S. 221 u. Wolany S. 231, Jewell mwN.

Der RegE zum neuen GmbHG enthält jetzt die den §§ 241 ff AktG weitgehend entsprechenden Regelungen. Siehe §§ 191 - 206 E-GmbHG

³⁷⁹ Hachenburg aaO. Brodmann § 47 Anm. 4 S. 192; Boesebeck GmbHRSch 66 S. 119 u. NJW 60 S. 2265; Overrath S. 33

die den Beschluß, sofern nicht noch besondere Umstände hinzukommen, anfechtbar machen.³⁸⁰

Die Anfechtung selbst kann zwar nicht verhindern, daß der satzungswidrig Bestellte zunächst einmal Organwalter wird,³⁸¹ bei erfolgreicher Klage wird jedoch die Bestellung rückwirkend beseitigt.

aa) Auf dem Wege der Anfechtungsklage kann daher grundsätzlich auch der bis dahin wirksam Bestellte aus seinem Amt entfernt werden.³⁸² Die Anfechtungsklage ist der richtige Ansatzpunkt, um den präsentationsberechtigten Dritten, der nicht den § 35 BGB auf seiner Seite hat, zu seinem Recht zu verhelfen.

Diese Möglichkeit besteht jedoch nur für die Gesellschafter, die dem Dritten zu seinem Recht verhelfen wollen.

Denn nur den Gesellschaftern ist die Anfechtungsbefugnis gegeben,³⁸³ da nur ihre Rechtsstellung durch Nichteinhaltung der Satzung betroffen wird. Die Satzung will und kann keine Außenstehenden binden.

Für den Dritten selbst ergibt sich aus der Möglichkeit der Anfechtungsklage keine Möglichkeit, sein Recht durchzusetzen.

³⁸⁰ So ausdrückl. auch Feine S. 559

³⁸¹ So auch ausdrückl. Baumbach-Hueck § 6 Anm. 3A S. 47 (m.w.N.) u. Steuler (Diss.) S. 45 ff

³⁸² Steuler S. 47. Eine Anfechtung ist auch grds. gegen Beschlüsse des substituerten Organs gegeben. Siehe Scholz § 45 Anm. 1 S. 481

³⁸³ z.B. Steuler aaO

bb) Soweit einem Gesellschafter das Präsentationsrecht zugestanden wurde, stellt dies ein Sonderrecht dar. Die Verletzung des Sonderrechts macht den Beschluß schwebend unwirksam. Für einen unwirksamen Beschluß aber bedarf es keiner Anfechtung mehr,³⁸⁴ da die Anfechtung zunächst einen wirksamen Beschluß nachträglich beseitigen soll, für schon von Anfang an unwirksame also nicht gedacht ist.³⁸⁵

cc) Bei einem Präsentationsrecht besteht also nur im Fall der Übertragung an einen Dritten die Anfechtungsbefugnis und zwar auch nur für Gesellschafter, die gegen den satzungsverletzenden Beschluß vorgehen wollen.
Ansonsten spielt für das Präsentationsrecht die Anfechtungsklage in der Beziehung keine Rolle.

b) Feststellungsklage gem. § 256 ZPO

Es könnte hier die Feststellungsklage die richtige Möglichkeit zur Beseitigung von Streitigkeiten sein.

Soweit einem Gesellschafter das Präsentationsrecht übertragen wurde, ist die Bestellung eines anderen unwirksam, d.h., der Bestellte ist kein Organmitglied geworden.³⁸⁶

Die Feststellungsklage ist die richtige Klageart, diesen Tatbestand offiziell auszusprechen und Unklarheiten so aus der Welt zu schaffen.

Bei einem Sonderrecht auf Präsentation reicht also zur endgültigen Beseitigung von Streitigkeiten die Feststellungsklage über die Unwirk-

³⁸⁴ So auch Feine S. 289; Sudhoff GV der GmbH S. 246; Wilke in Handbuch RZ 398 S. 178 u. Vogel, P.W (Diss.) S. 23; Peters AcP 156 S. 319 m.w.N.

³⁸⁵ Entgegen Vogel, H. § 14 Anm. 2 S. 95 ist eine Anfechtungsklage hier eben nicht die richtige Klageart

³⁸⁶ Mit Feine S. 548 kann man den Beschluß dann als nichtig ansehen.

samkeit der Bestellung aus.³⁸⁷

Sie ist aber nicht bei einem Dritten gegeben, da in dem Fall die Bestellung eines anderen ja grundsätzlich wirksam war, nur von einem Gesellschafter im Wege der Anfechtungsklage beseitigt werden könnte.

c) Allgemeine Leistungsklage

aa) Bei einem Gesellschafter als Berechtigter ist auch der Weg der Leistungsklage auf Bestellung des von ihm Präsentierten gegeben. Da die Bestellung eines anderen unwirksam war, sind die von ihm zu belegenden Stellen noch nicht besetzt und die oben schon geschilderten Voraussetzungen für eine Leistungsklage mit anschließender Vollstreckung gem § 894 ZPO gegeben.

Die abstrakte Möglichkeit, direkt auf Leistung zu klagen, braucht aber hier noch nicht zur Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Feststellungsklage zu führen.

Da der Bestellungsbeschluß gem. § 39 GmbHG grds. zu einer Eintragung des neuen Geschäftsführers ins Handelsregister führen wird,^{387a} muß erst durch die Feststellungsklage -evtl. verbunden mit der Leistungsklage- die Unwirksamkeit des Beschlusses festgestellt werden, um auf diese Weise erst eine gegenteilige Eintragung zu erreichen. Andernfalls könnte es bei stattgegebener Leistungsklage zu einer handelsregisterlichen Doppelbesetzung der Organwalterstelle kommen.

bb) Problematischer stellt sich die Leistungsklage bei einem Dritten dar.

Er kann grds. entweder direkt auf Bestellung des Präsentierten klagen oder muß u.U. im Wege der Leistungsklage erst den entgegen seinem Willen Bestellten aus dem Amt entfernen.

³⁸⁷ So auch ausdrückl. BGHZ 15,177 (181) mwN Feine aaO; Scholz § 45 Anm.31 S.496; Vogel H. § 14 Anm.2 S.95; Wilke in Handbuch RZ 398 S. 178

^{387a} Ob man als ersten Schritt eine einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft erwirken kann und damit dann die Eintragung des unwirksamen Be- 138 -

- (1) Eine Verurteilung zur Leistung ist nur dann möglich, wenn die Leistung zu dem Zeitpunkt von der Gesellschaft auch erbracht werden kann. Erbracht werden kann sie aber nur, wenn noch eine Organwalterstelle z.B. Geschäftsführerstelle frei ist. Da sich das Präsentationsrecht in den meisten Fällen nicht auf eine bestimmte Stelle (z.B. der zweite und stellvertretende Geschäftsführer wird von Herrn X benannt) sondern nur auf eine bestimmte Zahl von Stellen (z.B. von den drei Geschäftsführern wird einer von Herrn X benannt) erstreckt, ist die Gesellschaft nach Erreichung der vollen Zahl der Geschäftsführer nicht mehr in der Lage, einen neuen zu bestellen.

Der Gesellschaftsvertrag sieht eine bestimmte Zahl von Stellen vor, und, soweit diese besetzt sind, kann die Gesellschaft keinen neuen Geschäftsführer bestellen. Nur soweit noch eine Stelle frei ist, kann also ein Leistungsurteil ergehen, solange sind die Gesellschafter zur Erfüllung in der Lage.

Dann aber wird auch im Normalfall eben das Präsentationsrecht nicht tangiert sein, die noch freie Stelle ist dann jeweils mit dem Präsentationsrecht belegt und darf nicht besetzt werden. Der Berechtigte kann dann auf dem bereits oben angesprochenen Weg zu seinem Recht gelangen. Soweit aber alle Stellen besetzt sind, bzw. die bestimmte Stelle besetzt ist und auch kein Gesellschafter anfight, ist eine wirksame neue Bestellung nicht möglich. Wollte der Richter die Gesellschafter jetzt zur Leistung verurteilen, würde er, da das Urteil gemäß § 894 ZPO zu vollstrecken ist, in die Verbandskompetenz der Gesellschaft eingreifen und durch sein Urteil mehr Geschäftsführer oder Aufsichtsratsstellen besetzen als vorhanden sind, da die vorhandenen alle wirksam besetzt sind.

387a stellten ins Handelsregister verhindern kann, ist zweifelhaft. Die Prüfungspflicht und Prüfungsbezugnis des Registergerichts ist insoweit sehr eingeschränkt. M.E. muß das Gericht sein Vorliegen der formalen Voraussetzungen des § 39 GmbHG den zum Geschäftsführer bestellen eintragen u. kann eine Löschung erst nach Feststellung der Unwirksamkeit herbeiführen.

Dazu hat er aber keine Kompetenz.

Hier wäre eine Leistungsklage eben wegen der wirk-
samen Bestellung eines anderen nicht möglich.

(2) Die Leistungsklage könnte aber der richtige Weg zunächst zur Abberufung des Bestellten sein. Wie oben³⁸⁸ bereits ausgeführt, ist die bzw. eine entsprechende Organwalterstelle mit jemandem zu besetzen, der das Vertrauen des Präsentationsberechtigten genießt. Erkennt man die Kompetenz zu einem für die Gesellschafter zwingenden Abberufungsverlangen als ein Annex des Präsentationsrechts, so ergibt sich hier daraus eine Lösungsmöglichkeit.

Zwar war das zwingende Abberufungsverlangen als contrarius actus zur Präsentation grundsätzlich nur auf die Abberufung eines vorher Präsentierten, der mittlerweile das Vertrauen des Berechtigten verloren hat, gedacht. Es ist aber kein Grund ersichtlich, diese Kompetenz nicht auch auf einen nicht Präsentierten anzuwenden. Soweit der von den Gesellschaftern statutenwidrig Bestellte das Vertrauen des Berechtigten genießt, hat er die Möglichkeit, die Einschränkung seines Rechts zu genehmigen. Soweit dies nicht der Fall ist, wird die entsprechende Stelle eben durch einen Mann besetzt, der nicht sein Vertrauen genießt. Zur Beseitigung ist ihm das zwingende Abberufungsverlangen gegeben, welches als Kehrseite der Bestellung genauso einklagbar sein muß und genauso vollstreckbar sein kann.³⁸⁹

³⁸⁸ 2. Kapitel D S. 69 ff

³⁸⁹ Näheres siehe 4. Kapitel B, III

Der Dritte hat also die Möglichkeit, kraft seiner Befugnis die Abberufung zu verlangen zu können, erst die Abberufung gerichtlich durchzusetzen und dann, nachdem die Stelle dann frei ist, die Bestellung des Präsentierten einzuklagen.

Das ist der richtige Weg, der aber auch mittels einer Klage beschritten werden kann.

III. Zusammenfassung

Die Untersuchung über die möglichen Fehlverhalten der Verpflichteten bei der Bestellung haben zu Ergebnissen geführt, die die relativ starke Stellung des Präsentationsberechtigten unterstreichen.

Zum Teil entgegen der für dieselbe Problematik in der Literatur über das M-MitbestG vertretenden Ansicht läßt sich folgendes festhalten:

1. Wenn sich die Gesellschaft weigert, einen Präsentierten zu bestellen, so steht ihm zur Durchsetzung der Bestellung die Leistungsklage mit der Vollstreckung gem. § 894 ZPO offen.

Das gilt auch grds. für das M-MitbestG. Zwar ist es sicher richtig, daß, wie es von vielen vertreten wird³⁹⁰, der Weg der Notbestellung gem § 29 BGB auch möglich ist. § 29 BGB ist jedoch an enge Voraussetzungen gebunden.

Es ist kein Grund ersichtlich, die Regelungen des M-MitbestG anders zu behandeln als hier, d.h., auch eine Leistungsklage mit Vollstreckung gem. § 894 ZPO zuzulassen. Insoweit unterscheidet sich die gesetzliche Regelung des § 6 M-MitbestG nicht von dem Präsentationsrecht kraft Verbandsautonomie.^{390a}

³⁹⁰ Boldt MitbestG § 6 Anm.5 S.82f u. § 5 Rdn.4 S.61; Dittrich (Diss.) S.217; Spieker (Diss.) S.39; Kötter NJW 51,421 u. v. Ruckteschell (Diss.) S.16 vertreten für das M-MitbestG die Ansicht, eine Bestellung sei nicht erzwingbar, lediglich das Registergericht im Wege der Notbestellung sei unter den Voraussetzungen des § 29 BGB zuständig.

^{390a} Die Meinung von Gessler, GmbHRsch 74, 203, hierzu muß man m.E. durch obige Ausführungen als widerlegt ansehen.

Zur Vermeidung innergesellschaftlicher Streitigkeiten und Objektivierung des gesamten Verhältnisses ist aber die Errichtung eines Schiedsgerichts als besonderes Bestellungsorgan zu empfehlen.

2. Lehnen die Gesellschafter nicht nur die Bestellung eines anderen ab, sondern bestellen sie statt dessen einen anderen, so ergibt sich, je nachdem, ob einem Gesellschafter oder einem Dritten das Präsentationsrecht übertragen wurde, folgendes:

- a) Soweit ein Gesellschafter Präsentationsberechtigter ist, kann ein anderer nicht wirksam bestellt werden, weil dessen Bestellung auf das Sonderrecht zur Präsentation einwirken würde.³⁹¹

Der Berechtigte kann entweder die Unwirksamkeit der Bestellung durch die Feststellungsklage klären lassen oder aber direkt auf Bestellung des von ihm Präsentierten klagen.

- b) Die Bestellung eines anderen ist jedoch im Fall der Präsentationsberechtigung eines Dritten zunächst grundsätzlich wirksam. Der Dritte kann daher nicht direkt auf Bestellung

³⁹¹ Zu diesem Ergebnis kommt die Literatur zum Montan-MitbestG ganz allgemein, sowohl bei der Bestellung gem. § 6 wie auch der gem. § 8 Montan-MitbestG. Dadurch, daß hier eine gesetzl. Regelung vorliegt, ergibt sich allerdings eine unterschiedliche Betrachtungsweise. Insoweit ergibt sich hier bezügl. der Wirksamkeit der Bestellung wohl die allgem. Unwirksamkeit, und zwar mit der auch meist gebrachten Begründung, daß § 6 wie auch § 8 Montan-MitbestG im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften sind. Siehe dazu: Boldt MitbestG § 6 Anm. 5 S. 82 u. § 8 Anm. 7 S. 938; Ditttrich (Diss.) S. 226; Erle AG 70 S. 31; Kötter NJW 51, 421, ders. MitbestG § 6 Anm. 29 S. 103; ders. MitbestergG § 7 Anm. 5 S. 66; Müller-Lehmann § 6 Rdn. 2 u. 38 S. 123 u. 134; Spieker (Diss.) S. 32 ff

eines von ihm Benannten klagen, sondern muß erst die Abberufung des Bestellten verlangen. Die Klage auf Abberufung, die dann wie die Klage auf Bestellung zu beurteilen und deren titulierten Anspruch ebenso durchzusetzen wäre, schafft dann die Voraussetzungen zur Klage auf Bestellung.

Gleichgültig also, wie die Gesellschaft die Durchsetzung des Präsentationsrechts zu blockieren versucht, ^{da} esnn kann immer nur eine vorübergehende Verzögerung sein.

4. Kapitel

Fehlverhalten bezüglich der Abberufung

Genau wie im vorigen Kapitel, kann man hier wieder zwischen einem Fehlverhalten auf Seiten des Berechtigten und der Verpflichteten unterscheiden. Zunächst soll aber noch einmal festgehalten werden, welche Rechte bezügl. der Abberufung in der Übertragung des Präsentationsrechts liegen.

Wie oben³⁹² bereits erarbeitet, hat, sofern über die Abberufung selbst nichts gesagt wird, der Präsentationsberechtigte lediglich das Recht, die Abberufung bindend zu verlangen, die Abberufung selbst nimmt die Gesellschafterversammlung als Bestellungs- und Abberufungsorgan vor. Das folgt ebenso wie auch die weiteren Schlußfolgerungen daraus, daß man das Abberufungsrecht als Kehrseite des Rechts zur Bestellung auffassen muß.³⁹³

A. Fehlverhalten des Berechtigten

Nichtabberufung eines ungeeigneten Organwalters

Als Grundsatz sei hier noch einmal festgehalten, daß ein Organwalter zur ordnungsgemäßen Funktion und Berufung nicht nur den Organisationsnormen gemäß bestellt sein muß, sondern daß seine Bestellung auch noch gültig fortbestehen muß.³⁹⁴

Um die Gültigkeit des weiteren Fortbestehens der Bestellung geht es hier. Wurde schon grundsätzlich ausgeführt,³⁹⁵ daß das Präsentationsrecht eine ständige Abhängigkeit der (bzw. einer) bestimmten Organwalterstelle vom Berechtigten herbeigeführt, so taucht hier jetzt folgendes Problem

³⁹² Siehe oben S. 69 ff 2. Kapitel Teil D

³⁹³ Siehe z.B. ausdrücklich Bondi S. 280 u. 286

³⁹⁴ So sehr richtig Baltzer S. 55

³⁹⁵ Siehe oben S. 72 2. Kapitel Teil D

auf:

Man muß sich die Frage vorlegen, wo die Grenze zwischen dem noch beachtlichen Eigeninteresse des Präsentationsberechtigten und dem existentiellen Interesse der Gesellschaft an geeigneten, besonders befähigten Organwaltern liegt.

Im vorigen Kapitel stand diese Frage bei der Bestellung schon an, hier geht es jetzt darum, den schon Bestellten evtl. aus der Organstellung wieder zu entfernen. Als Anknüpfungspunkt dient hier der § 38 GmbHG, der in seinen beiden Absätzen zwischen dem Widerruf aus wichtigem Grund und dem Widerruf ganz allgemein unterscheidet.

I. Abberufung ohne wichtigen Grund

Zunächst einmal soll es hier lediglich um die Abberufungsbefugnis eines Präsentationsberechtigten gehen, der Gesellschafter der GmbH ist.

Für den Fall liegt -ausdrücklich oder stillschweigend - in der Übertragung des Präsentationsrechts als Sonderrecht in diesem Sonderrecht auch eine besonders starke Stellung bezügl. der Abberufung begründet.

Man kann diese Stellung jetzt gesellschaftsvertraglich ausbauen, indem man dem Präsentationsberechtigten ausdrücklich das Abberufungsrecht zuerkennt.

1. Soweit dem Berechtigten das Abberufungsrecht zusteht

Halten die Gesellschafter eine zusätzliche Verstärkung des Präsentationsrechts für nötig, werden sie daneben noch die alleinige Abberufungsbefugnis dem Berechtigten zuerkennen.

Ansich sieht man die alleinige Abberufungsbefugnis als Kehrseite des Bestellungsrechts an; ³⁹⁶

³⁹⁶ Ausdrücklich Hachenburg § 38 Anm. 2 S. 48 mwN.

aber auch bei einem Präsentationsrecht stößt es auf keine Bedenken.³⁹⁷

Die Widerruflichkeit darf damit nur nicht gänzlich ausgeschlossen werden,³⁹⁸ ein Problem, was aber eher bei der Abberufung aus wichtigem Grund auftaucht.³⁹⁹

Hier bleibt eigentlich nur ein Hinweis auf § 38 I GmbHG, der sogar einen gänzlichen Ausschluß des Widerrufsrechts mit Ausnahme des wichtigen Grundes bejaht.

Ebenso, wie die Gesellschafter dem Präsentationsberechtigten nicht entgegenhalten konnten, daß der von ihm Präsentierte nicht der Geeigneteste sei, können sie auch jetzt von ihm nicht verlangen, den nicht völlig Ungeeigneten abzubrufen. Weder die grundsätzlich bestehende Treuepflicht⁴⁰⁰ zur Gesellschaft noch die besondere Position des Präsentierenden berechtigt dazu.

Hier gelten dieselben Grundsätze, wie sie oben⁴⁰¹ bereits aufgestellt wurden: Über die Geeignetheit, Fähigkeiten etc. entscheidet zunächst allein der Berechtigte, nur bei völliger Ungeeignetheit, Unzumutbarkeit bzw. bei wichtigem Grund kann sich

³⁹⁷ Feine, S. 475; Hachenburg aaO; Harde (Diss.) S. 124; Ulmschneider (Diss.) S. 17

³⁹⁸ z.B. Wittek (Diss.) S. 58 f; Eher GmbHRSch 62, 24

³⁹⁹ Siehe in dem Zusammenhang die von Borrmann (Diss.) S. 89 Aufgeführten; Feine, Harde, Wittek und Eder aaO; Fleck GmbHRSch 70 S. 223

⁴⁰⁰ Siehe die in Fn 296 Aufgeführten

⁴⁰¹ Siehe oben S. 102 ff 3. Kapitel Teil A II, 1

etwas anderes ergeben.⁴⁰²

Solange aber kein wichtiger Grund vorliegt bzw. behauptet wird, bleibt es bei der Unzuständigkeit der Gesellschafter und u.U. bei der bestehenden Organwaltereigenschaft des Präsentierten.

Da das Präsentationsrecht eine ständige Besetzung der entsprechenden Stelle mit einem vom Berechtigten ausgesuchten und auch noch immer von ihm befürworteten Mann fordert, hat, von Extremfällen abgesehen, die Gesellschaft keine Möglichkeit den einmal präsentierten und Bestellten Organwalter zu beseitigen.

Ihr fehlt hier die Kompetenz zum rechtlich erheblichen Tätigwerden.⁴⁰³

2. Soweit er nur die Abberufung bindend verlangen kann.

Etwas anderes könnte sich ergeben, soweit der Präsentationsberechtigte die Abberufung nicht selbst herbeiführt, sondern die Gesellschafter dafür zuständig sind. Dann steht die Abberufungsbefugnis, der reine Widerruf also, im allgemeinen Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter.

Wie bei der Bestellung bleibt also die Abgabe der für die Gesellschaft wirkenden empfangsbedürftigen Willenserklärung⁴⁰⁴ Widerruf bei der

⁴⁰² Auch wenn man Zöllner S.322 u. 344 folgen sollte, daß in Fragen der Geschäftsführung das Verbandsinteresse~~s~~ uneingeschränkten Vorrang genieße und über Treu und Glauben eine ausnahmslose Bevorzugung dieses Interesses geboten sei, so gilt dies jedenfalls nicht bei einer Übertragung eines Präsentationsrechts, wo ja ein Teil dieser allgemeinen Überlegungen von den Gesellschaftern erkennbar gewollt nicht Platz greifen soll.

⁴⁰³ Entsprechend Baltzer S.73 wird damit eine Tätigkeit in der Richtung zu einer bedeutungslosen, tatsächlichen Begebenheit

⁴⁰⁴ Genau wie die Bestellung ist der Widerruf eine empfangsbedürftige Willenserklärung, gerichtet auf Beseitigung der Organstellung. Siehe dazu z.B. Scholz § 38 Anm.6 S.422 u. Sudhoff GV der GmbH S. 189

allgemein dafür zuständigen Stelle gem. § 46
Nr. 5 GmbH.

Die Gesellschafter sind aber auch lediglich dafür zuständig, es liegt nicht in ihrer Kompetenz, darüber zu entscheiden, ob und wann eine Abberufung erfolgen soll.

Die Entscheidung über die Abberufung liegt damit beim Präsentationsberechtigten, die tatsächliche Beendigung der Organwaltereigenschaft dagegen liegt in der Kompetenz der Gesellschafter.

Das bedeutet, daß die Gesellschafter nicht ohne ein entsprechendes Abberufungsverlangen tätig werden dürfen, daß das Verlangen die Voraussetzung für die Abberufung darstellt.

Genausowenig aber, wie die Gesellschafter etwa aus der Treuepflicht im weitesten Sinne verlangen können, daß der Berechtigte sein Abberufungsrecht in einer bestimmten Richtung nutzt, können sie ihn verpflichten entsprechend eine Abberufung zu verlangen. Ohne wichtigen Grund bleibt es dem Berechtigten unbenommen, die Stelle nach seinem Gutdünken zu besetzen. Aufgrund der innergesellschaftlichen Organisation haben die Gesellschafter auch nicht das Recht, ohne vorheriges Verlangen die Abberufung vorzunehmen, auch nicht mit dem Hinweis auf eine etwa treuwidrige Ablehnung des Abberufungsverlangens.

Sowohl beim alleinigen Abberufungsrecht als auch hier liegt in der Übertragung des Präsentationsrechts das Recht begründet, die entsprechende Stelle ununterbrochen mit einer Person eigenen Vertrauens zu besetzen.

Das bedeutet, daß es ohne besonders gravierende Gründe in der Person des Organwalters keine Möglichkeit der Gesellschafter gibt, eine Entfernung des Präsentierten -beim Präsentationsrecht mit letztendlicher Wirksamkeit- herbeizuführen.

Selbst wenn es -ohne, daß ein wichtiger Grund vorliegt- objektiv richtig, ja nötig wäre, den Organwalter abzuberaufen, bleibt es allein dem ihn Präsentierenden überlassen, diese Entscheidung zu treffen. Eine Fehlentscheidung aus dem Standpunkt der Gesellschaft bleibt hier sanktionslos. Das muß grds. auch in Anbetracht des zwischen dem Präsentierten und der Gesellschaft geschlossenen Anstellungsvertrags gelten.

Zwar kommt es hier sehr stark auf den Einzelfall an, darauf nämlich, welche Konditionen für den Fall einer möglicherweise vorzeitigen Abberufung ausgehandelt werden. Nur soweit sich hier bedeutende finanzielle Aufwendungen der Gesellschaft aus der vorzeitigen Abberufung ergeben, wird man aus § 242 BGB für den Berechtigten eine Berücksichtigung dessen fordern müssen. Hier kann die Grenze der rechtsmißbräuchlichen Ausübung des Rechts dann überschritten sein, wenn der Vorteil des Berechtigten aus der Abberufung ersichtlich völlig gegenüber den Nachteilen der Gesellschaft zurücktritt.

Im Normalfall aber bleibt es auch in Anbetracht des Bestellungsvertrags dabei, daß die Begründung eines Präsentationsrechts der besonderen Interessenlage des Berechtigten unter Hintanstellung der Interessen der Gesellschaft Rechnung trägt. Diese Situation darf durch eine möglicherweise den Berechtigten aufzuerlegende Schadenersatzpflicht für die sich aus dem vorzeitig gekündigten Anstellungsvertrag ergebenden Ansprüche nicht in ein faktisches Verbot des Abberufungsverlangens umgekehrt werden. Auch im gesetzlichen Normalfall sind es nicht die für die Abberufung stimmenden Gesellschaftler, welche letztlich die finanziellen Konsequenzen zu tragen haben,^{404a} sondern auch die Gesellschaft u.damit letztlich alle Gesellschaftler im Rahmen ihrer Betei-

^{404a} Die Verfolgung eigennütziger Interessen führt bei Ausübung des Stimmrechts auch erst dann zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn sie unter bewußter Verletzung der Interessen und des Wohls der Gesellschaft geschieht oder zur Erreichung eines gesellschafts-fremden Sondervorteils. Jüngst OLG Nürnberg GmbHRsch 75, S. 111 m.w.N.

ligung. Es ist nicht ersichtlich, warum sich nur wegen der Einräumung des Präsentationsrechts sich hieran etwas ändern sollte.

II. Abberufung aus wichtigem Grund

Von der gerade besprochenen Situation muß man jene unterscheiden, bei der in der Person des Präsentierten ein wichtiger Grund vorliegt.

Als wichtigen Grund kann man hier ganz kurz diejenigen Gründe aufführen, die das weitere Verbleiben des Organwalters wegen erheblicher Gefährdung der Belange der Gesellschaft nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen lassen.⁴⁰⁵

Nach dieser Definition liegt es nahe, einen Mitgesellschafter aus Treu und Glauben zu einer Abberufung zu bewegen, da ein derart ungeeigneter Organwalter die Zweckerreichung so unmittelbar gefährden kann, daß hier dem Verbandszweck der uneingeschränkte Vorrang gebührt.⁴⁰⁶ Diese Überlegung gilt grundsätzlich sowohl für die Übertragung des Abberufungsrechts wie auch für das Recht die Abberufung bindend verlangen zu können.

1. Eigenes Abberufungsrecht der Gesellschafterversammlung trotz alleinigem Abberufungsrecht des Berechtigten.

Im Fall der Abberufungszuständigkeit des Berech-

⁴⁰⁵ Scholz § 38 Anm.9 S. 424 u. OLG Hamburg MDR 1955 S.109; jeweils m.w.N. dto. auch schon RG LZ 1909 S.77

⁴⁰⁶ Hier ist Zöllner allerdings zuzustimmen. Siehe Zöllner S. 322 f u. 344 sowie auch Rücker (Diss.) S. 86

tigten stellt sich jetzt die Frage, wie die Abberufung bei Weigerung des dafür zuständigen Organs durchgesetzt werden kann.

Grundsätzlich ist die Gesellschafterversammlung nicht zuständig, kann also nicht rechtserheblich tätig werden.⁴⁰⁷

Da in dem Fall mit dem Präsentationsrecht das Sonderrecht auf Abberufung gekoppelt ist, stellt sich die Frage, ob ein derartiges Sonderrecht überhaupt Bestand haben kann.

Hält man unabhängig von der Tatsache des wichtigen Grundes immer nur die im Gesellschaftsvertrag genannte Stelle für allein abberufungsberechtigt,⁴⁰⁸ so hindert das m.E. eine Abberufung bei Weigerung dieser Stelle letztendlich nicht.

Bevor die Gesellschaft völlig zugrund gerichtet wird, muß dann eben das Sonderrecht entzogen werden und die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung so wiederhergestellt werden.⁴⁰⁹

Hält man dagegen mit dem Überwiegenden Teil der Lehre⁴¹⁰ jedenfalls im Rahmen einer Abberufung aus wichtigem Grund diese für nicht⁴¹¹ oder jedenfalls nur als Delegation⁴¹² übertragbar, so

⁴⁰⁷ Siehe z.B. Baltzer S. 73 u. Harde (Diss.) S. 126 f

⁴⁰⁸ So z.B. Ulmschneider (Diss.) S. 16 f u. 21 sowie Fichtner, BB 62 S. 822_824

⁴⁰⁹ Es geht also nicht an, sich auf den Behelf des späteren Regresses zu berufen wie z.B. Ulmschneider aaO. Zur Entziehung des Sonderrechts siehe OLG Hamburg MDR 55 S. 109; Scholz, Ausschließung u. Austritt S. 31; Harde S. 129 f Wolany S. 181. Der Grund bildet bei der Weigerung zur Abberufung ein grober Verstoß gegen die Treuepflicht.

⁴¹⁰ OLG Hamburg BB 54, 978 u. aaO; Brodmann § 45 Anm. 1 S. 178 u. § 46 Anm. 2 S. 184; Feine S. 510; Hachenburg § 35 Anm. 41 f S. 20 ff; Rücker (Diss.) S. 87 Scholz GmbHRSch 55 S. 38; Sudhoff S. 190; Vogel, H. § 46 Anm. 6 S. 244; Wittek (Diss.) S. 58 f

⁴¹¹ So z.B. Hachenburg u. Scholz aaO

⁴¹² Siehe z.B. Brodmann u. Feine aaO.

gelangt man im Fall der Weigerung sofort zu einem Abberufungsrecht der Gesellschafter.

Aber auch im ersten Fall wird man aus dem argumentum a maiore ad minus entnehmen können, daß, wenn schon eine Entziehung des Sonderrechts möglich ist und damit dann die Abberufung selbst, auch nur die Abberufung möglich sein muß.⁴¹³

Wie auch immer man die Übertragung des Sonderrechts auf Abberufung sieht, eine Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bei der Weigerung des kraft Statut Abberufungsberechtigten ist letztendlich immer gegeben.

Der Abberufungsberechtigte wird eine Abberufung in dem Fall höchstens hinauszögern, niemals aber verhindern können.

2. Abberufung auch ohne Abberufungsverlangen

Soweit dem Gesellschafter aber lediglich das Präsentationsrecht und damit auch das Recht zum bindenden Abberufungsverlangen übertragen wurde,⁴¹⁴ ergibt sich kein anderes Ergebnis.

- a) Zunächst läßt sich das bindende Abberufungsverlangen als Minus zum eigenen Abberufungsrecht auffassen.⁴¹⁵ Ist aber schon das Mehr, nämlich die Umgehung des Abberufungsberechtigten möglich, so muß auch das Weniger, nämlich die Abberufung ohne Verlangen, möglich sein.

Das folgt zudem ganz allgemein auch aus dem wohl allgemein geteilten Grundsatz, daß eine Abberufung aus wichtigem Grund immer möglich sein muß.⁴¹⁶ Zum anderen steht auch das Präsentationsrecht als Sonderrecht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁴¹⁷ Das bedeutet auf der Seite der Gesellschafter, daß sie grundsätzlich dieses Sonder-

⁴¹³ Harde S. 129 ff

⁴¹⁴ Siehe oben 2. Kap. Teil D. S. 69 ff

⁴¹⁵ Siehe oben S. 77

⁴¹⁶ So z.B. ausdrückl. RGZ 124, 379; 138, 103 u. Feine S. ⁴⁷⁵

⁴¹⁷ Siehe z.B. Hachenburg § 14 7. Aufl. Rdn. 11 u. die

recht zu achten haben, auf Seiten des Sonderrechtsinhabers, daß er besonders auf das Wohl der Gesellschaft achten muß.

Bei einem schwerwiegenden Verstoß gegen die Treuepflicht, wie es die Unterlassung des Abberufungsverlangens hier darstellen würde, dürfen sich die Gesellschafter über das Sonderrecht hinwegsetzen.⁴¹⁸ Das körperschaftliche Recht auf Beibehaltung des Präsentierten als Organ wird eben zu dem Zeitpunkt unbeachtlich, wie ein wichtiger Grund gegen diesen vorliegt.⁴¹⁹

Gleichgültig also, wie die Befugnis des Präsentationsberechtigten bezüglich der Abberufung ausgestaltet ist, niemals wird es ihm gelingen, die Abberufung aus wichtigem Grund zu verhindern.

III. Soweit ein Dritter Präsentationsberechtigter ist.

Es ist fraglich, ob sich aus diesem Aspekt eine grundsätzliche Änderung ergibt.

Muß man es auch als sehr zweifelhaft ansehen, ob Dritten das alleinige Abberufungsrecht übertragen werden kann,⁴²⁰ so ergeben sich m.E. bezüglich des bindenden Abberufungsverlangens keine Probleme.⁴²¹

Dann gilt auch für den Dritten, daß aus dem Präsentationsrecht die Befugnis folgt, die Abberufung verlangen können, und das Recht, zu verlangen,

⁴¹⁸ Fleck GmbHRSch 70, 223

⁴¹⁹ Borrmann (Diss.) S. 89

⁴²⁰ Dagegen z.B. Baumbach-Hueck § 38 Anm. 2B S. 180; Feine S. 475 und 137, Scholz § 6 Anm. 6 S. 109; Sudhoff GV der GmbH S. 189 u. 201, ders. GmbH-GF S. 28; H. Vogel § 38 Anm. 3 S. 204
Dafür z.B. Harde (Diss.) S. 119 u. 137; Ulmschneider (Diss.) S. 16 f u. W. Vogel S. 21

⁴²¹ Siehe oben 2. Kapitel Teil D S. 79 ff (81)

daß der Präsentierte bis zum Abberufungsverlangen Organmitglied bleibt.

Zwar unterliegt der Dritte damit noch nicht der gesellschaftlichen Treuepflicht, jedoch wird man auch hier aufgrund der engen Beziehung zur Gesellschaft eine aus Treu und Glauben entspringende Pflicht entnehmen müssen, daß jedenfalls bei wichtigem Grund das Abberufungsverlangen zu stellen ist.⁴²²

Wenn schon bei einem Mitgesellschafter aus wichtigem Grund das diesem zustehende Präsentationsrecht eingeschränkt werden kann, so muß es bei einem Dritten ebenfalls möglich sein.

Dem Dritten steht keine Sonderrecht und damit auch nicht der Schutz des § 35 BGB zu, die Übertragung eines Präsentationsrechts gibt ihm daher eine Rechtsstellung, die man als Minus zu der des Gesellschafters ansehen muß.

Es gilt aber auch für ihn der Grundsatz, daß die mit dem Präsentationsrecht belegte Stelle grundsätzlich nur noch nach seinem Willen zu besetzen ist.

Das heißt dann aber auch, daß er allein über eine Eignung etc. zu entscheiden hat, jeweils mit der Einschränkung des wichtigen Grundes, der insoweit eine absolute Schranke darstellt. Geht es daher nicht um einen wichtigen Grund, müssen die Gesellschafter das Abberufungsverlangen des Dritten abwarten, ansonsten allerdings können sie selbst mit sofortiger Wirkung die Abberufung herbeiführen.⁴²³ In Bezug auf den Anstellungsvertrag gilt für den Dritten nichts anderes als für einen Gesellschafter.

IV. Zusammenfassung

Als Ergebnis läßt sich festhalten:

Das Recht des Präsentationsberechtigten zur Be-

⁴²² Bondi S. 286

⁴²³ So auch Fleck, GmbHRSch 70, 222 f, der auf die verschiedenen Interessenlage hinweist und von dort her unter Berücksichtigung des § 38 GmbHG zu diesem Ergebnis gelangt.

IV. Zusammenfassung

legung der ihm zugestandenen Organwalterstelle hat seine Grenze im wichtigen Grund gegen den Präsentierten.

Genauso, wie ein Präsentierter unter diesem Voraussetzung nicht zu bestellt werden braucht, kann auch eine Entfernung kraft eigenen Rechts der Gesellschaft aus dem Amte erfolgen.

Die Gesellschafter haben zwar nicht das Recht, die Belegung der Organwalterstelle von sich aus zu beeinflussen, jedoch steht ihnen das Recht zum Wohl der Gesellschaft bei wichtigem Grund in Form des Abberufungsverlangens zu.

Es wäre ein Unding, wollte man von den Gesellschaftern verlangen, erst das bindende Abberufungsverlangen abzuwarten bzw. dies erst einzuklagen.⁴²⁴

Das muß grundsätzlich auch für die M-MitbestG gelten. Auch für diese Regelung wird man ein bindendes Abberufungsverlangen nicht so verstehen können, daß es grenzenlos die Abberufungsbefugnis der Gesellschafterversammlung blockieren kann. Bei derart einschneidenden Vorgängen, wie sie ein wichtiger Grund erfordert, muß man die gegenteilige Auffassung für schlicht unzumutbar der Gesellschaft gegenüber halten.

⁴²⁵ Sie man Bestellung und Abberufung jeweils als Kehrseite des anderen an, so muß das Recht zur Ablehnung des Präsentierten mit dem Recht zur Abberufung korrespondieren.

Abgesehen von diesem konstruktiven Argument erscheint das hier gefundene Ergebnis auch allein mit dem Verlangen der Praxis Übereinzustimmen.

⁴²⁴ Diese Meinung wird aber im Recht des M-MitbestG vertreten. Siehe Drittrich (Diss.) S. 234 f u. v. Ruckteschell (Diss.) S. 32 jeweils m.w.N. auf die Lit.

⁴²⁵ Daher wird man die Lösung von Dittrich u.v. Ruckteschell (unter Hinweis auf Rudolf Reinhard) ablehnen müssen.

B. Fehlverhalten der Verpflichteten

Könnte oben festgestellt werden, daß die Gesellschafter auch ohne Abberufungsverlangen den Präsentierten aus wichtigem Grund abberufen können, so stellt sich hier die Frage, ob eine Abberufung ohne ein entsprechendes Verlangen ansonsten unwirksam ist.

Es lassen sich hier insoweit zwei Situationen auseinander halten, nämlich:

1. Könnte die Gesellschafterversammlung ohne ein vorheriges Befragen des Präsentationsberechtigten eine Abberufung von sich aus herbeiführen oder
2. könnte sie trotz Verweigerung des Abberufungsverlangens den Widerruf erklären?

Hier soll zunächst von dem Fall ausgegangen werden, daß der Berechtigte Gesellschafter ist.

Als solcher hat er, auch ohne Sonderrechtsinhaber zu sein, schon allgemein das Recht auf eine gesetz- und statutenmäßige Verwaltung der GmbH⁴²⁶ und darüberhinaus noch das Recht, sich der Beeinträchtigung seines Sonderrechts gem. § 35 BGB zu erwehren.⁴²⁷ Insoweit ist es auch gleichgültig, ob zum Präsentationsrecht noch ein zusätzliches Sonderrecht auf Abberufung verliehen wurde oder nicht.

I. Abberufung ohne Wissen des Berechtigten

Soweit die Gesellschafter einen Widerruf beschließen und auch dem präsentierten Organwalter gegenüber aussprechen, ohne wenigstens vorher den Präsentationsberechtigten gehört zu haben, könnte diese Abberufung unwirksam sein.

⁴²⁶ Feine S. 286

⁴²⁷ Daß es sich beim Präsentationsrecht um ein Sonderrecht handelt und daß auf dieses § 35 BGB anwendbar ist, siehe z.B. oben S. 51 f

1. Wirksamkeit der Abberufung

Auch hier läßt sich wieder eine Unterscheidung nach dem Widerruf aus wichtigem Grund und dem einfachen Widerruf treffen.

a) Ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes

Soweit für den Widerruf ein wichtiger Grund nicht vorliegt und nicht behauptet wird -wobei hier davon ausgegangen werden soll, daß eine bloße Behauptung eines wichtigen Grundes zunächst ausreicht⁴²⁸ - könnte dieser unwirksam sein.

Soweit das Präsentationsrecht nämlich einem Gesellschafter übertragen wurde, stellt es für ihn ein Sonderrecht dar.

Inhalt dieses Sonderrechts ist es, eine Organwalterstelle nach seinem Gutdünken zu besetzen.⁴²⁹

Wird ein Präsentierter dann ohne den Wunsch des Berechtigten mittels Widerruf von dieser Stelle entfernt, so ist diese dann nicht mehr entsprechend dem Willen des Präsentationsberechtigten besetzt. Es handelt sich dann bei dem Widerruf, der gerade diesen nicht satzungsmäßigen Zustand herstellt, um eine Satzungsdurchbrechung.⁴³⁰

Das bedeutet für die einzelnen Gesellschafter, daß sie darauf eine Anfechtung stützen können, da diese Satzungsdurchbrechung auch aus dem Recht des Berechtigten heraus, erst die Abberufung zu verlangen, als Satzungsverletzung darstellt.⁴³¹

⁴²⁸ Was zwar streitig ist (s.z.B. Scholz § 38 Anm. 11 m.w.N.) aber heute wohl schon nach dem RegE zum GmbHG, § 69 IV zu entscheiden sein wird.

⁴²⁹ Siehe oben S. 34 u. 41 f,

⁴³⁰ Begriff u. Folgen siehe Boesebeck NJW 60, 2265 ff. Im deutschen Körperschaftsrecht ist eine Satzungsdurchbrechung nur erlaubt, soweit die Voraussetzungen für eine Satzungsänderung erfüllt sind.

⁴³¹ Boesebeck aaO.

Vom Präsentationsberechtigten her gesehen stellt sich die Abberufung aus eben diesen Aspekten als eine Verletzung seines Sonderrechts dar.

Gleichgültig, ob der Präsentationsberechtigte unerreichbar war⁴³² oder ob er etwa schon zu verstehen gegeben hat, daß er eine Abberufung nicht verlangen werde, die Gesellschafterversammlung kann sich nicht einfach über die nur ihm zustehende Kompetenz hinwegsetzen.⁴³³

Zwar ist nur die Gesellschafterversammlung zum Widerruf zuständig, nimmt sie ihn jedoch vor, ohne daß der Berechtigte vorher diesen verlangt oder ihm zustimmt, hat sie die ihr durch das Präsentationsrecht gesetzte Organisationsnorm nicht eingehalten, was grundsätzlich eine Be-seitigung des Beschlusses im Wege der Anfechtungsklage möglich macht.⁴³⁴

Das gilt jedoch nicht, wenn ein Sonderrecht dadurch beeinträchtigt wird.

Wie bereits oben⁴³⁵ festgestellt wurde, gilt insoweit im GmbH-Recht die Vorschrift des § 35 BGB entsprechend, die eine Verletzung des Sonderrecht ohne Zustimmung verbietet.

⁴³² Der Fall des BGHZ 12, 337 ff könnte hier insoweit vergleichbar sein. Aber eine damals u.U. aus der Zeit heraus verständliche Entscheidung, die viel Widerspruch gefunden hat, läßt sich m.E. hier nicht analog heranziehen. Ohne Abberufungsverlangen liegt ein wirksamer Widerruf nicht vor, die Zuständigkeit der Gesellschafter wird ohne das Verlangen nicht begründet.

⁴³³ Jedenfalls nicht, soweit es nicht um einen Widerruf aus wichtigem Grund geht. So auch in grundsätzlich vergleichbaren Fällen, Borrmann (Diss.) S. 89 u. Fleck GmbHRSch 70, 222 f

⁴³⁴ Scholz § 38 Anm. 11 m.w.N.; das gilt auch soweit die Bestellungs- und Abberufungskompetenz auf ein anderes Organ delegiert wurde. Scholz § 45 Anm. 1 S. 481

⁴³⁵ 3. Kapitel Teil B II S. 108 ff.

Wird vor dem Beschluß der Sonderrechtsinhaber überhaupt nicht gefragt, so ist ein derartiger Beschluß immer unwirksam.⁴³⁶

Zwar kann der Betroffene hinterher noch zustimmen, tut er es nicht, so bleibt der Widerrufsbeschluß unwirksam. Damit steht dann fest, daß der Widerruf unwirksam und der Präsentierte noch Organ ist.

Wie schon oben gesagt, ist eine Anfechtungsklage dann entbehrlich, eine Feststellungsklage gem.

§ 256 ZPO wird allerdings auch hier als zulässig angesehen werden müssen.

Das Präsentationsrecht bringt ohne das Abberufungsverlangen des Berechtigten damit eine de facto Beschränkung der freien Widerruflichkeit, soweit es sich dabei um die Übertragung dieses Sonderrechts handelt.⁴³⁷

b) Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes

Die schon oben (Teil A II) gefundene Auslegung des § 38 II GmbHG im Rahmen des Präsentationsrechts kann hier nur bedingt herangezogen werden. Selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wird man der Sonderrechtsnatur des Präsentationsrechts zumindest die Pflicht⁴³⁸ zur vorherigen Information und Aufforderung zum Abberufungsverlangen entnehmen können.

⁴³⁶ Und zwar handelt es sich um schwebende Unwirksamkeit; siehe insoweit die in Fn 364 Aufgeführten

⁴³⁷ Die Feststellung von Harde (Diss.) S. 64 bringt daher eine zu pauschale Wertung des Präsentationsrechts. Bei einem Sonderrecht haben die Gesellschafter bezüglich des Widerrufs eben keine freie Hand, ohne daß allerdings etwa nur ein Widerruf aus wichtigem Grund möglich wäre.

⁴³⁸ Das wird man aus der Treuepflicht herauslesen können. Siehe dazu z.B. BGHZ 9, 157 (163); Fichtner BB 62, 823; Kühn (Diss.) S. 32; Petersen (Diss. S. 82 f.

Es stellt sich nur die Frage, zu welchen Konsequenzen die Verletzung dieser Pflicht führt.

Der Präsentationsberechtigte ist nicht in der Lage, den Widerruf aus wichtigem Grund zu verhindern. Die Verweigerung der Zustimmung bzw. des Abberufungsverlangens erweist sich zudem im Rahmen der Treuepflicht bzw. des § 242 als unzulässige Rechtsausübung und damit als unbeachtlich. Dann aber erscheint es fast als formalistisch, der Abberufung die Gültigkeit zu versagen, nur weil eine vorherige Information nicht stattfand. Hält man sich aber vor Augen, daß schon die Behauptung eines wichtigen Grundes ausreicht, um das Sonderrecht des Präsentationsberechtigten einzuschränken, indem man den Präsentierten abberuft, dann muß man aus Gründen der Sicherung des Präsentationsrechts zumindest eine vorherige Unterrichtung verlangen.

Es ist nicht mit der Begründung dieses Rechts als Sonderrecht vereinbar, daß völlig unabhängig vom Willen des Berechtigten über die Person des Präsentierten bestimmt wird.

Zieht man schon im Interesse der Gesellschaft die Grenze des wichtigen Grundes und läßt auch die Behauptung bei der Abberufung ausreichen, so muß man alles, was jenseits dieses zwingenden, übergeordneten Gesellschaftsinteresses liegt, als unzulässig zurückweisen.

Nur dann, wenn das übergeordnete Gesellschaftsinteresse derart gefährdet erscheint, daß unter Abwägung beider Interessen mit einer Unterrichtung schon aus zeitlichen Gründen nicht mehr gewartet werden kann, wird eine Abberufung auch ohne Kenntnis des Berechtigten möglich sein.

Wenn man auch berücksichtigen muß, daß eine stärkere Verpflichtung dem Ganzen gegenüber besteht, soweit es um die Ausübung von Rechten, die aus einem Sonderrecht fließen,⁴³⁹ geht, so darf dies

⁴³⁹ Schilling JZ 53, 490

doen nicht zu einer völligen Ignorierung der Interessen des Sonderberechtigten führen.

Grundsätzlich muß also auch bei einem Widerruf aus wichtigem Grund erst die Stellungnahme des Präsentationsberechtigten abgewartet werden, bevor die Gesellschafter ohne sein Widerrufsverlangen tätig werden können.

Gibt es keine zwingenden Gründe, den präsentationsberechtigten Gesellschafter zu übergehen, kann auch der wichtige Grund die Beeinträchtigung des Sonderrechts nicht rechtfertigen.

Die Abberufung ist dann schwebend unwirksam und wird erst wirksam, wenn der Berechtigte zustimmt.

Reagiert er nicht innerhalb einer gewissen, in Anbetracht des wichtigen Grundes kurz zu bemessenden Zeit, so wird man dies grundsätzlich als ein treuwidriges und damit unbeachtliches Unterlassen ansehen müssen und die Abberufung als wirksam herbeigeführt zu betrachten haben.

Eine nochmalige Beschlußfassung wird aber unter Berücksichtigung der Interessen des Berechtigten dann erforderlich sein, wenn er sich mit nicht völlig abwegigen Gründen für den Präsentierten ausspricht. Es muß ihm dann in der Versammlung wenigstens die Möglichkeit zur ausführlichen Darstellung seiner Ansicht gegeben werden.

2. Soweit der Berechtigte kein Gesellschafter ist.

Ist der Präsentationsberechtigte kein Gesellschafter, so steht das Präsentationsrecht nicht unter dem starken Schutz des § 35 BGB, da in dem Fall ein Sonderrecht vorliegt.

Dann sind die Gesellschafter ohne Einschränkung zum Widerruf berechtigt und können jederzeit die Abberufung wirksam vornehmen.

Sie brauchen sich noch nicht einmal auf einen wichtigen Grund zu berufen, da sie das allein zur Abberufung berechtigte Organ sind.

Da die Abberufung ohne Abberufungsverlangen einen Vorstoß gegen den satzungsmäßig vorgeschriebenen

Entscheidungsablauf darstellt, ist allerdings der Abberufungsbeschluß anfechtbar. Das Anfechtungsrecht aber steht allein den Gesellschaftern zu⁴⁴⁰, d.h., es stellt für den Dritten keine rechtliche Möglichkeit zur Durchsetzung seiner Ansprüche dar.

Dem Präsentationsberechtigten bleibt nur die erneute Präsentation, die er dann gerichtlich durchsetzen kann.

Das aber hindert eine nochmalige Abberufung nicht, letztlich ist der Dritte auf Schadensersatzansprüche angewiesen.⁴⁴¹

Für den Dritten bietet die Übertragung des Präsentationsrechts also einen nur unvollkommenen Schutz vor Abberufung des von ihm ausgewählten Organwalters, für die Gesellschaft stellt dies aber gerade den Vorteil des Präsentationsrechts gegenüber dem Bestellungsrecht dar.

II. Abberufung gegen den erklärten Willen des Präsentationsberechtigten.

Während in dem oben besprochenen Fall der Berechtigte von der bevorstehenden Abberufung nicht unterrichtet wurde, hat er hier sich vor dem Abberufungsbeschluß schon dagegen ausgesprochen.

Es fragt sich, ob und wann dies einer Abberufung entgegensteht, d.h. eine Abberufung dann noch möglich ist.

1. Möglichkeit der Abberufung

Wie oben bereits festgestellt, muß man auch hier zwischen dem Berechtigten als Gesellschafter und als Dritten unterscheiden.

a) Hat der Gesellschafter sich bereits gegen eine Abberufung ausgesprochen und hat die Gesellschafterversammlung sie trotzdem vorgenommen, so ergibt sich aus oben Gesagtem folgendes:

aa) Soweit die Gesellschafterversammlung bei dem

⁴⁴¹ So auch W. Vogel S. 21

Widerruf keinen wichtigen Grund gegen den Präsentierten geltend machen, ist die Abberufung unwirksam.

Das folgt aus dem Sonderrechtscharakter des Präsentationsrechts.

Die Unwirksamkeit kann im Wege der Reststellungsklage geltend gemacht werden. ⁴⁴²

bb) Erfolgt dagegen der Widerruf unter Berufung auf einen wichtigen Grund, so ist der entgegenstehende Wille des Berechtigten unerheblich. So, wie das Sonderrecht aus wichtigem Grund beseitigt werden kann, kann auch das Minus dazu, die Beseitigung des Präsentierten aus dem Amt erfolgen.

Der Berechtigte kann die Abberufung aus wichtigem Grund nicht verhindern.

b) Ist der Präsentationsberechtigte kein Gesellschafter, ergibt sich keinerlei Änderung zu oben Teil I, 2.

Die Gesellschafterversammlung kann den Präsentationsberechtigten immer abberufen, der Dritte kann sich nur durch Klage auf Wiederherstellung und gegebenenfalls Schadensersatz wehren.

2. Abberufung nur unter gleichzeitiger Einsetzung eines neuen Geschäftsführers

Um eine kontinuierliche Besetzung der Organwalterstelle mit einem vom Präsentationsberechtigten gewählte Person zu erhalten, könnte man daran denken, eine Abberufung nur dann zuzulassen, sofern auch gleichzeitig ein neuer Organwalter präsentiert wird.

Das führt aber auf der einen Seite zu einer weitgehenden Bevormundung des Präsentationsberechtig-

⁴⁴² Siehe auch oben S. 134f 3. Kapitel Teil B und Fn 371 dergleichen BGHZ 15, 177 (181); Scholz § 45 Anm. 31 S. 496;

ten, indem man ihm die Möglichkeit der vorübergehenden Freilassung der Stelle nehmen würde. Zum andren würde die Abberufung aus wichtigem Grund u.U. daran scheitern, daß sich der Berechtigte weigert, einen anderen zu benennen. Beides spricht dafür, eine derartige Forderung als unvereinbar mit dem Präsentationsrecht zu bezeichnen, zumal sie weder die Abberufungsbefugnis der Gesellschafter erweitern noch einschränken kann.

III. Verweigern der Abberufung trotz Verlangen

Genau entgegengesetzt zu den oben besprochenen Fällen kann es auch sein, daß trotz Abberufungsverlangen ein Widerruf nicht ausgesprochen wird. Das kann entweder daran liegen, daß sich der Präsentierte besonders gut eignet und die Gesellschafter ihn deshalb behalten möchten oder aber daß sie dem Berechtigten gegenüber ihre Machtposition beweisen wollen. Eine Abberufung kommt in beiden Fällen jedenfalls zunächst nicht zustande.

Da der Abberufungsbeschluß als Gegensatz zur Bestellung ebenfalls eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt,⁴⁴³ zu der beim Präsentationsrecht nur die Gesellschafter befugt sind,⁴⁴⁴ kommt eine Entfernung des Organwalters aus seinen organschaftlichen Befugnissen bei deren Weigerung nicht zustande.

Ebenso wie oben⁴⁴⁵ bereits für die Bestellung

⁴⁴³ Siehe z.B. Natzel, AG 59, S. 96 u. DB 64, S. 1145 u. 1180 f

⁴⁴⁴ Bestellung und Abberufung sind Sozialakte, die grds. den Gesellschaftern obliegen. BGH, BB 68 560. Beim Präsentationsrecht liegt eine abweichende Vereinbarung nicht vor. Siehe oben S. 76 und 81.

⁴⁴⁵ 3. Kapitel Teil B, I 1

eine Verurteilung der Gesellschaft und Vollstreckung nach § 894 ZPO befürwortet wurde, muß auch hier die Klage auf Abberufung als die richtige Lösung angesehen werden.⁴⁴⁶

Es ist kein Grund ersichtlich, hier eine andere Lösung zu suchen.

Gesellschafter und Dritte als Präsentationsberechtigte können daher eine Klage auf Abberufung des Geschäftsführers erheben und dann nach § 894 ZPO vollstrecken.⁴⁴⁷

In diesem Fall hier wird es für das Gericht ausreichen, festzustellen, daß ein Präsentationsrecht vorliegt, da es keinen Grund gibt, eine Abberufung zu verweigern.

Mag der jetzige Organwalter auch schon so befähigt sein, wenn der Präsentationsberechtigte einen anderen für geeigneter hält, reicht das grundsätzlich aus, um die Gesellschafter zur Abberufung zu zwingen.

Dagegen wird es im Einzelfall höchstens einmal den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Rahmen der Treuepflicht gegen einen Gesellschafter geben. Dem Dritten könnte gleichenfalls, je nach zugrundeliegender Vereinbarung, § 242 entgegengehalten werden. Das gilt grds. auch bezügl. des Anstellungsvertrages.^{447a}

Inwieweit sich aus der Abberufung aus dem Anstellungsvertrag finanzielle Konsequenzen ergeben, ist eine Frage der Vereinbarung im Einzelfall. Grds. hat das Gericht die Konsequenzen aus dem Einzelfall genauso wenig zu berücksichtigen, wie der Berechtigte diese zu tragen hat.

⁴⁴⁶ So ausdrücklich auch Wieland, S. 159. Er hat nur insoweit Unrecht, als bei einer gegen Treu und Glauben verstoßenen Abberufung nicht auf Aufhebung des Widerrufs geklagt werden muß. Das kann das wirksam abberufene Organ nicht wieder einsetzen.

⁴⁴⁷ So ausdrücklich auch Mertens, Probleme der GmbH-Reform S. 118 f, vor allem Fn 63

^{447a} Siehe dazu die Ausführungen oben S. 146 f.

IV. Zusammenfassung

Man kann als Ergebnisse der Untersuchung über die Abberufung folgendes festhalten:

- 1.) Man muß in Bezug auf die freie Widerruflichkeit unterscheiden zwischen der Übertragung des Präsentationsrechts auf einen Gesellschafter und einen Dritten.⁴⁴⁸
 - a) Bei einem Gesellschafter ist kraft der entsprechenden anwendbaren Vorschrift des § 35 BGB wegen des Sonderrechtscharakters des Präsentationsrechts die freie Widerruflichkeit eingeschränkt. Eine wirksame Abberufung ist grundsätzlich nur möglich, soweit ein wichtiger Grund vorliegt und dem Berechtigten vorher die Möglichkeit zumindest zur Stellungnahme gegeben wurde.
 - b) Bei Übertragung des Rechts auf einen Dritten ist dagegen die freie Widerruflichkeit nicht eingeschränkt, der Dritte hat auch kaum aussichtsreiche Möglichkeiten, um seinen Willen letztlich durchzusetzen, was insoweit allerdings auch für die Gesellschafter gilt.
- 2.) Da im Präsentationsrecht selbst schon die Befugnis liegt, mit bindender Wirkung die Abberufung verlangen zu können, muß auch eine entsprechende Durchsetzungsmöglichkeit gegeben sein.

Es ist hier nur konsequent, sich an die schon gefundene Regelung bei der Bestellung anzulehnen und eine gleichartige Klage auf Abberufung

⁴⁴⁸ Das hat Harde (Diss.) S.64 bei seiner sehr pauschalen Abhandlung nicht genügend beachtet. Seine Feststellung, daß die freie Widerruflichkeit ebenso wie die Entscheidungsbefugnis über die Bestellung durch das Präsentationsrecht nicht berührt werden, trifft daher nicht zu.

mit identischer Durchsetzung zu bedürworten. Das Präsentationsrecht beinhaltet also sowohl die Möglichkeit, im Wege des § 89⁴ ZPO die Bestellung wie auch die Abberufung des Präsentierten durchzusetzen.

Was hier für das vereinbarte Präsentationsrecht gilt, muß gleichermaßen auch im Bereich des gesetzlichen Präsentationsrechts nach dem M-MitbestG gelten. Auch für die AN-Vertreter im M-MitbestG muß man daher eine Klage auf Abberufung und eine entsprechende Vollstreckung zulassen. Eine andere Auslegung wäre im M-MitbestG auch rein praktisch nicht haltbar. Die AN verlören einen großen Teil an Einfluß auf die grundlegenden Entscheidungen.⁴⁴⁹ Die Kritik von Halberstadt^{449a} ist daher nur in Bezug auf eine klare, ausdrückliche Regelung im Gesetz begründet.

- 3.) Im Gegensatz zur Regelung des M-MitbestG und des AktG⁴⁵⁰ ist im Rcht der GmbH eine gerichtliche Abberufung grds. nicht vorgesehen, im Rahmen des Präsentationsrechts liegt aber auch kein Bedürfnis dafür vor, da bei wichtigen Gründen die Gesellschafter immer in der Lage sind, die Abberufung zu erklären. Das muß auch im M-MitbestG gelten.

Grds. kommt dort den Gesellschaftern wie hier nur die Befugnis zur freien Widerruflichkeit in Beziehung auf die von ihnen ohne Bindung an einen Wahlvorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern zu.⁴⁵¹

Jedoch muß man wohl schon aus praktischen Gründen auch für das M-MitbestG eine Abberufungsmöglichkeit ohne Abberufungsverlangen wie beim vertraglichen

⁴⁴⁹ Für die hier gefundene Lösung auch Schöne, Anm. zu § 11 (zitiert nach Boldt aaO) A.A. Boldt Anm. 3 S. 109; Dittrich (Diss.) S. 234 f und die in Fn. 693 f Aufgeführten. Ansonsten siehe für die Regelungen des M-MitbestG § 11 Abs. 2 u. Müller-Lehmann § 11 Rdn. 6 ff.

^{449a} Blätter f. Steuerrecht 1965; S. 381 f.

⁴⁵⁰ Wobei § 11 M-MitbestG auf § 103 AktG verweist

⁴⁵¹ Vgl. § 11 Abs. 2 M-MitbestG sowie Mertens, Probleme der GmbH-Reform S. 117

Präsentationsrecht bejahen. Mit Möhring^{451a} wird man die Treuepflicht auch der vorgeschlagenen Stellen im M-MitbestG für gegeben erachten können. Daraus ergibt sich dann auch die Pflicht zur Zustimmung zur Abberufung oder die Möglichkeit, diese bei Weigerung auch ohne Abberufungsvorschlag durchzuführen.

Die Gegenmeinung^{451b} gibt demgegenüber lediglich einen Schadensersatzanspruch, was m.E. aber eine wenig praxisnahe Hilfsmöglichkeit sowohl in Bezug auf die Höhe wie auch auf die Berechnung darstellt.

^{451a} MDR 1951, S. 516 f. Er kommt zu dem gleichen Ergebnis wie hier

^{451b} Boldt aaO.

2. Teil: Unternehmensverfassungsrechtlicher Hauptteil

5. Kapitel

Die Einwirkung der Mitbestimmung auf das Präsentationsrecht

In Anknüpfung an das 1. Kapitel, Teil A II, geht es hier jetzt um die Frage, welche Grenzen dem Präsentationsrecht durch die Mitbestimmung gesetzt werden.

Nachdem die gesellschaftsrechtlichen Grenzen und Auswirkungen geklärt und dargelegt wurden, gelangen wir hier zu dem Problem, ob und inwieweit auf dem Boden der gesellschaftspolitischen Wirklichkeit ein Präsentationsrecht überhaupt noch Bedeutung erlangen kann.

Wurde anfangs aufgrund der einzelnen rechtstatistischen Untersuchungen festgestellt, daß die GmbH sich im Laufe der Zeit von der Körperschaft weg mehr der Personalgesellschaft genähert hat, so wird dies durch immer umfassender werdende Mitbestimmungsregelungen in entgegengesetzter Richtung korrigiert:

Grundsätzlich für alle Mitbestimmungsregelungen gleich ist die gesetzmäßige Annäherung der GmbH an die AG. Hält man sich vor Augen, daß die GmbH und die AG im Aufbau ihrer Organe grundsätzlich verschieden sind, ja sein müssen,⁴⁵² ergibt sich klar, daß die Mitbestimmungsregeln einen viel tiefer reichenden Einbruch in die gesellschaftsrechtliche Struktur der GmbH bedeuten als für die AG.⁴⁵³

⁴⁵² H. G. Mertens (Diss.) S. 18

⁴⁵³ So Dietz, Festschr. S. 693 u. Dittrich (Diss.) S. 249; jüngst auch die gutachterliche Stellungnahme der Centrale für GmbH, GmbHRSch 74, 273 ff (274): "Der durch die Mitbestimmungsreform bedingte Eingriff in das geltende Gesellschaftsrecht trifft somit die GmbH ungleich intensiver als die Aktiengesellschaft"

Von daher, ohne auf eine grds. Kritik an den Mitbestimmungsregelungen überhaupt einzugehen,⁴⁵⁴ erscheint es notwendig, mitbestimmungsrechtliche Regelungen als zwingende, aber nur dort als strukturverändernde zu akzeptieren, wo dies ausdrücklich aus dem Gesetz hervorgeht.^{454a} Die Satzung hat z.B. keinen Einfluß auf die Wahl und Mitwirkung der AN-Vertreter, soweit in dem Normenkomplex derartiges vorgesehen ist.⁴⁵⁵ Auf der anderen Seite heißt dies aber auch, daß satzungsmäßige Einflüsse -hier relevant: auf die Organwalterstellen- nur dort wirklich ausgeschlossen sind, wo die Mitbestimmungsregelung dies zwingend fordert. Für die einzelnen Mitbestimmungsgesetze bedeutet dies:

A. Die Organe Geschäftsführung und Aufsichtsrat in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen.

I. Das Montan-Mitbestimmungsgesetz

Das Montan-MitbestG⁴⁵⁶ bringt eine wesentliche Strukturveränderung der GmbH dadurch, daß es gemäß § 12 die Befugnis zur Geschäftsführerbestellung allein

⁴⁵⁴ Schwerdtfeger, MitbestG in privaten Unternehmen, S. 7; "Die Veröffentlichungen zur Problematik sind kaum noch zu überschauen. Eine vom deutschen Industrieinstitut herausgegebene Bibliographie zur Mitbestimmung und Betriebsverfassung verzeichnete am 31.12.1961 9673 Titel; seitdem steigt die Zahl der Veröffentlichungen von Jahr zu Jahr mehr."

^{454a} Das gilt dann ebenso für die von den Mitbestimmungsnormen vorgeschriebene Anwendung des Aktienrechts Vgl. auch Dietz-Richardi Anm.42 in V. zu § 76 BetrverfG '52

⁴⁵⁵ Bärmann, BB 53, 536

⁴⁵⁶ Interessant die Gegenüberstellung von Spieker im Mitbest-Gespr. 1973, Anhang S. 159, wo er die Jahre 1951/1973 vergleicht und feststellt, welche Unternehmen in diesen Jahren dem M-MitbestG u. MitbestergG unterfielen u. was aus den Unternehmen des Jahres 1951 wurde. Beide Gesetze haben gem. dieser Aufstellung heute rein zahlenmäßig erheblich an Bedeutung verloren.

dem Aufsichtsrat zuordnet.⁴⁵⁷ Dadurch wird die Position der Gesellschafterversammlung der GmbH erheblich geschwächt, die starre Regelung des AktG wird hier auf die GmbH übertragen⁴⁵⁸ und der direkte Einfluß auf die Bestellung der Geschäftsführer ihr völlig genommen.⁴⁵⁹

Bezüglich des Aufsichtsrats sind hier von Interesse die §§ 4 - 6 und 8. Diese Bestimmungen sind, wie § 12, zwingender Natur und setzen etwa entgegenstehende Satzungsbestimmungen außer kraft.^{460, 461}

Nach diesen Vorschriften werden alle Aufsichtsratsmitglieder vom Wahlorgan gewählt, auch die von den AN-Vertretern "präsentierten".

Eine Ausnahme macht § 8 beim sogenannten 11. Mann. Es wird vom Aufsichtsrat ein Dreier-Vorschlag aufgestellt, und das Bestellungsorgan hat dann die Pflicht, einen davon als neutralen 11. Mann in den Aufsichtsrat zu wählen.

Ob das Wahlorgan dabei immer die Gesellschafterversammlung sein muß und ob das Wahlorgan immer gezwungen ist, die Bestellung des Vorgeschlagenen vorzunehmen und damit eine rein formale "Wahl"

⁴⁵⁷ Kötter, MitbestG § 3 Anm. 65 S. 58; Dapprich ZfB 52, 258

⁴⁵⁸ H.G. Mertens (Diss.) S. 21

⁴⁵⁹ Dapprich aaO, Doerfler (Diss.) S. 27

⁴⁶⁰ Ausdrücklich Sudhoff GV der GmbH S. 208; dies kann man, wie Oellrich ZfB 92 S. 249, damit begründen, daß das M-MitbestG lex posterior ist.

⁴⁶¹ Wobei aber immer zu prüfen sein wird, ob die Regelung des M-MitbestG der Satzungsbestimmung tatsächlich entgegenstehen.

vorliegt, ist hier umstritten.⁴⁶²

Einen Ansatzpunkt zur Lösung dieser Streitfrage hat der gesellschaftsrechtliche Teil geliefert. Hier wird es jetzt darum gehen, wie weit ein Präsentationsrecht bezüglich der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats überhaupt noch Wirkung entfalten kann.

II. Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz

Diesselbe Frage taucht beim⁺ MitbestG⁴⁶³ auf.

Allerdings wird vom Gesetz keine Wahl durch das Wahlorgan mehr gefordert, sondern die Aufsichtsratsmitglieder der AN kommen durch Wahl der AN in den Aufsichtsrat.⁴⁶⁴ (§§ 6 f MitbestG)

Lediglich das "umständliche Bestellungsverfahren"⁴⁶⁵ bezüglich des sogenannten 11. Mannes ist bestehen geblieben. ⁺ MitbestergG

Auch hier ist die Geschäftsführerbestellung der Gesellschafterversammlung und dem⁺ Einfluß der Gesellschafter völlig entzogen, sie steht nur dem Aufsichtsrat zu. (§ 13) ⁺ direkten

⁴⁶² Es besteht eine starke Meinung in die Richtung, daß man von einer Wahl nicht sprechen kann, sondern vielmehr eine Bestimmung bzw. eine Entsendung vorliege. Siehe z.B. Fitting-Auffarth-Kaiser, S.889 m.w.N; Mattel (Diss.) S.45 u. 35; Oellrich aaO S. 256

⁴⁶³ abgekürzt; bedeutet: Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten u. Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen u. Stahl erzeugenden Industrie vom 7. Aug. 1956 (BGBl I S.707) in der Fassung vom 27.4.67 (BGBl I S.505), auch Holding-Novelle genannt.

⁴⁶⁴ Boldt, AG 56, 10; Dittrich (Diss.) S.291; Kötter MitbestergG § 6 Anm.14 S.63

⁴⁶⁵ So ganz richtig Kötter aaO § 5 Anm.6 S.57

Satzungsbestimmungen, die diesen zwingenden Regelungen zuwiderlaufen, sind unwirksam. Es wird unten noch zu prüfen sein, inwieweit ein satzungsmäßiges Präsentationsrecht dem MitbestergG wirklich entgegensteht.⁴⁶⁶

III. Das Betriebsverfassungsgesetz

Obwohl 1972 ein neues Betriebsverfassungsgesetz (BetrVerfG) erlassen wurde, ist bezüglich der Mitwirkung der AN in den Aufsichtsräten noch das alte BetrVerfG⁴⁶⁷ in Kraft.

Gemäß § 129 BetrVerfG¹ 72 gelten die §§ 76, 77 BetrVerfG¹ 52 auch heute noch.

Grundsätzlich beeinflusst die Regelung des BetrVerfG nur die Stellung des Aufsichtsrats, schreibt ihm zwingend vor und läßt ein Drittel der Sitze von AN belegen. Ob auch hinsichtlich der Geschäftsführer eine abweichende Regelung vorliegt, ist zumindest soweit unstreitig, als die Geschäftsführer grundsätzlich noch durch die Gesellschafterversammlung zu wählen sind.⁴⁶⁸ Ob jedoch noch Entsendungsrechte möglich sind, war streitig, ist heute wohl wegen der Zitierung des § 101 AktG in § 77 I für den Aufsichtsrat dahingehend zu entscheiden, daß nur noch die aktienrechtliche Regelung der Entsendung gilt.⁴⁶⁹ Ob von dieser Regelung auch das Präsentationsrecht betroffen ist, stellt eine in diesem Bereich besonders bedeutende Frage dar, da die Regelung des BetrVerfG 1952 die zahlenmäßig umfassendste ist. Das wird danach wie schon oben bemerkt zu entschei-

⁴⁶⁶ Siehe Kunze AuR 56, S. 260

⁴⁶⁷ BetrVerfG vom 11. Okt. 52 (BGBI. 1, S. 681)

⁴⁶⁸ z.B. Dietz-Richardi Anm. 22 zu § 77 BetrVerfG¹ 52 S. 1574 f; Fröhlich-Franke-Wagner § 77 Anm. 5 S. 927; Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rdn. 11 S. 927; Erdmann § 77 I S. 275; Doerfler (Diss.) S. 15

⁴⁶⁹ Eder in Handbuch, RZ 479 S. 222, Greiffenhagen (Diss.) S. 79

den sein, ob die Beschränkung des Entsendungsrechts nach Sinn und Zweck des BetrVerfG zwingend notwendig auch eine Beschränkung des Präsentationsrechts mit sich bringt.⁴⁷⁰

Praktisch bedeutend wird die Frage für diejenigen Betriebe, die entweder eine wesentlich weitergehende Mitbestimmung der AN satzungsmäßig absichern wollen oder die durch weiterreichende Bestellungsrechte gekennzeichnete innere Struktur soweit wie möglich beibehalten wollen.

IV. Das Mitbestimmungsgesetz

Gemäß § 1 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer⁴⁷¹ -kurz MitbestG- tritt dieses Gesetz nach Maßgabe des § 1 neben die bisher bestehenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen.

Das Gesetz führt für eine sehr große Anzahl von Unternehmen zur sog. paritätischen Mitbestimmung, ohne den sog. 11. Mann des MitbestG und MitbestergG einzuführen.

Nach dem MitbestG haben die Unternehmen gem. § 6 einen Aufsichtsrat zu bilden, welcher sich je zur Hälfte aus Arbeitnehmern und Anteilseignervertretern zusammensetzt. (§ 7).

Zur Verhinderung der sog. "Pattsituation" bei der Abstimmung im Aufsichtsrat ist gem. § 29 II den Vorsitzenden in bestimmten Situationen ein doppeltes Stimmrecht zuerkannt worden.

Die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer richtet sich gem. § 31 nunmehr auch bei einer GmbH nach den aktienrechtlichen Regeln. Beides fällt also auch bei der GmbH jetzt in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats.

Der direkte Einfluß in Gestalt der Bestellungsbefugnis ist also auch hier der Gesellschafterversammlung entzogen. Es fragt sich jedoch, ob die starke Be-

⁴⁷⁰ Das fordert für das BetrVerfG im Grundsatz Kreifels GmbHRSch 55, 179

⁴⁷¹ Vom 4. Mai 1976, BGBI. I S. 1153

tonung der Rechte der Gesellschafter gegenüber dem M-MitbestG und MitbestergG durch Zuführung des doppelten Stimmrechts des Vorsitzenden nicht für eine weitestgehende Weitergeltung der Rechte aus einem Präsentationsrecht sprechen.⁴⁷²

Bezüglich der AE-Vertreter im Aufsichtsrat ist diese Entscheidung leicht zu treffen: Gem. § 8 Abs. 1 MitbestG werden diese Aufsichtsratsmitglieder durch das entsprechende Wahlorgan nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglichen Regelungen bestellt.

Jedenfalls soweit es die AE-Vertreter im Aufsichtsrat betrifft, hat sich also an den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen nichts geändert. Die AE-Vertreter werden, sofern eine oder mehrere Sitze im Aufsichtsrat durch ein Präsentationsrecht belegt sind, wie im gesellschaftsvertraglichen Teil näher ausgeführt, ausgewählt und bestellt.

Zweifel können sich nur ergeben, wenn die Zahl von einem Präsentationsrecht belegten Sitze so groß sein sollte, daß die den Anteilseignern zustehenden damit erschöpft oder noch übertroffen werden.

Soweit die Präsentationsrechte sich nach dem Gesellschaftsvertrag auch auf die nach dem MitbestG den AN-Vertretern zustehenden Sitze beziehen sollte, wird man sie ohne weiteres als gesetzeswidrig und damit unwirksam ansehen müssen. Das MitbestG beseitigt die Einflußnahme der Gesellschafter auf die Besetzung der den AN zugesprochenen Aufsichtsratssitze völlig, die Gesellschafter haben keinerlei Möglichkeit, auf die Besetzung irgendwelchen Einfluß zu nehmen, die Wahl und die zugrunde zu legenden Ausfallkriterien werden gesetzlich bestimmt. Infolgedessen sind die von einem Präsentationsrecht zu belegenden Aufsichtsratssitze für Gesellschaften, die unter das MitbestG fallen bereits kraft Gesetzes zahlenmäßig auf die den AE zustehenden beschränkt.

Da nichts dafür ersichtlich ist, daß innerhalb der den AE zustehenden Sitze weitere zahlenmäßige Beschränkungen gegeben sind, ist es grundsätzlich auch möglich, ein Präsentationsrecht bezüglich sämtlicher, den AE zustehenden Aufsichtsratssitze zu vereinbaren.⁴⁷² Es wird unten noch zu prüfen sein, ob ggfs. im Rahmen der vom Gesetz angeordneten Reduzierung der Einflußmöglichkeit der Gesellschafter eine verhältnismäßige Reduzierung der von einem Präsentationsrecht belegten Aufsichtsratssitze erfolgen muß.

⁴⁷² Für den Entwurf vergl. noch Hoffmann, GmbH-Rsch 74, S. 75 und Loos DB 74 S. 124, speziell in Bezug das Präsentationsrecht jetzt Raiser DB 76, S. 145 ff

⁴⁷³ Siehe auch Deutler, GmbHRSch 1974, S. 147

B. Wer wird durch das Präsentationsrecht verpflichtet?

Bevor eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob aufgrund der Mitbestimmung die Vereinbarung eines Präsentationsrechts überhaupt noch möglich ist, muß die Frage beantwortet werden, wer durch die Satzung überhaupt verpflichtet wird.

Eine grundsätzliche Beantwortung dieser Frage wurde bereits oben⁴⁷⁴ getroffen: Rein gesellschaftsrechtlich werden sämtliche Gesellschafter durch die Satzungsberechtigt und verpflichtet. Durch die satzungsmäßige Begründung des Präsentationsrechts wird darüberhinaus der Gesellschaft selbst satzungsmäßig eine Verpflichtung auferlegt.

Auch wenn die Gesellschafter sich nicht entsprechend verhalten, ist es grundsätzlich allein die Gesellschaft, welche ihre Pflichten verletzt und vom Berechtigten in Anspruch zu nehmen ist.

Soweit nun die Gesellschaft von den einzelnen Mitbestimmungsregelungen betroffen wird, ändert sich an diesem Grundsatz nichts. Allein die Bestellungskompetenz für einen Teil der Aufsichtsratsmitglieder und für die gesamte Geschäftsführung wird anderen Organen übertragen, die diese Tätigkeit jedoch dem Gesellschaftsrecht gemäß für sie wahrnehmen.

Zu fragen ist hier nur, ob die aus dem Präsentationsrecht entspringende Bestellungsspflicht der gesetzlichen Ausgestaltung der Mitbestimmung und Mitwirkung widerspricht, ob hier de facto Arbeitnehmer oder AN-Vertreter zu einer bestimmten Stimmabgabe gezwungen werden.

Nur soweit dies der Fall ist, soweit also durch Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungs-

⁴⁷⁴ Siehe 1. Kapitel Teil B I S. 27 ff

freiheit eine Kollision mit zwingenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen stattfindet, ist an Hand des konkreten Gesetzes zu untersuchen, ob es einen grundsätzlichen Vorrang der einen vor der anderen Regelung gibt.⁴⁷⁵

Dabei wird sich bezüglich der eigenständigen Bestellungskompetenz der AN für ihre Vertreter im Aufsichtsrat leichter eine Entscheidung finden lassen, als für den Übergang der Bestellungskompetenz für die Geschäftsführer auf den Aufsichtsrat.

Sieht man die AN insoweit einmal als eigenes Gesellschaftsorgan, ihre Vertreter im Aufsichtsrat als Teil eines Gesellschaftsorgans⁴⁷⁶ an, liegt es nahe, sie auch an die Einhaltung der gesellschaftlichen Pflichten zu binden.

Der Grundsatz der Prävalenz des Gesellschaftsrechts⁴⁷⁷ greift auch auf die AN und deren Vertreter jedenfalls insoweit über, als sie voll in das Gesellschaftsrecht kraft Gesetzes integriert werden und keine anderweitige ausdrückliche oder immanente gesetzliche Gestaltung vorliegt.

Die Hauptfrage, welche bei den Regelungen des Montan-MitbestG, MitbestergG und MitbestG auftritt, ist die, inwieweit es bei einer Bestellung der Geschäftsführer zu gegebenenfalls unterschiedlichen Verpflichtungen der einen oder anderen Seite kommen kann. Als Grundsatz wird insoweit wohl unbestritten bis zu einer anderweitigen, umfassenderen Regelung durch den Gesetzgeber auch für diesen Fall festzuhalten sein, daß die Geschäftsführerbestellung im Rahmen der sonstigen Tätigkeit des Aufsichtsrats dem gesamten Aufsichtsrat obliegt, dieser nur insgesamt und ohne Unterschied bezüglich der Verpflichtungen einzelner Mitglieder hierüber wie auch über andere Fragen zu entscheiden hat. Er tritt also jeweils als einheitliches Organ auf, die etwa durch die vom Gesetz angeordnete unterschiedliche Besetzung auftretenden Probleme und Spannungen sind so zu lösen, daß sich beide Rechtsbereiche zu einer Einheit ergänzen^{477a}. Jede einzelne Rechtsfrage ist in diesem Spannungsbereich so zu lösen, daß in der Auslegung eine Symbiose

zwischen dem alten, von dem Mitbestimmungsrecht nicht beeinträchtigten Gesellschaftsrecht und den neuen mit bestimmungsrechtlichen Regelungen erreicht werden kann.^{477b}

So ist auch für die hier zu klärende Zweifelsfrage grundsätzlich zu sagen, daß sich die satzungsgemäßen Regelungen an das Organ als solches wenden und weniger eine Weisung an einzelne Organmitglieder darstellen. So enthält das Präsentationsrecht im Gesellschaftsvertrag keine Weisung an bestimmte Organmitglieder sondern, wie bereits im gesellschaftsrechtlichen Teil näher erörtert, eine Verpflichtung der Gesellschaft. Erfüllen die AN oder deren Vertreter diese der Gesellschaft kraft Gesellschaftsvertrag obliegende Verpflichtung, so tun sie dies also wegen ihrer gesellschaftsrechtlichen Bindung und nicht auf Grund einer Weisungsgebundenheit, die allgemein für AN-Vertreter im Aufsichtsrat für unzulässig gehalten wird.⁴⁷⁸

Im Gegensatz zu Abstimmungsvereinbarungen richtet sich ja gerade das Präsentationsrecht an die Gesellschaft und verlangt von dieser, die übernommene Verpflichtung zu erfüllen. Nicht das einzelne Aufsichtsratsmitglied wird mit dieser Verpflichtung angesprochen, sondern das Bestellungsorgan selbst. Die gerade im GmbHG der Gesellschaft und den Gesellschaftern eingeräumte weitestgehende Gestaltungsfreiheit wird durch das MitbestG gerade auch in diesem Punkt nicht grundsätzlich zerstört. Wenn man eine Symbiose zwischen Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht finden will und muß, so sollte es auch bezüglich der AN-Vertreter im Aufsichtsrat bei dem allgemeinen Grundsatz verbleiben,

⁴⁷⁵ Die neueste Diskussion über das MitbestG hat hier einige interessante grds. Stellungnahmen hervorgebracht, die sich gerade hiermit eingehend beschäftigen. Siehe z.B. die Aufsätze von Mertens "Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes" AG 1976 S. 113 f; Th. Raiser "Der neue Koalitionskompromiß zur Mitbestimmung" BB 1976 S. 145 ff u. Reich/Lewerenz "Das Mitbestimmungsgesetz" AuR 1976 S. 261 ff.

⁴⁷⁶ Vergl. insoweit auch Böhm in Böhm-Briefe S. 222

⁴⁷⁷ Überzeugend Raiser S. 117 ff m.w.N. Dagegen Reich/Lewerenz aaO, die einen solchen Grundsatz nicht als abgesichert ansehen, ihm in Bezug auf das MitbestG aber doch zum Durchbruch verhelfen wollen

das mit Erwerb der Organmitgliedschaft eine allgemeine Eingebundenheit in den Kreis der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Verpflichtungen entsteht. Von diesem Zeitpunkt ab hat sich das Organmitglied grundsätzlich als solches und nicht als Vertreter einzelner Gruppen oder Interessen zu verstehen.

I. Bei einem Präsentationsrecht bezüglich der
Geschäftsführer

Anknüpfend an Teil A dieses Kapitels unterscheiden sich die Mitbestimmungsregelungen unter anderem auch darin, daß sie z.T. eine Wahl der Geschäftsführer entsprechend der des Vorstands der AG -nämlich durch den Aufsichtsrat- zwingend einführen.

477a Vergl. insoweit Übereinstimmend Rumpff GK-MitbestG
§ 30 Rdn. 4 und Hoffmann-Lehmann-Weinmann MitbestG
§ 31 Rdn. 6 ff

477b Insoweit ist Rumpff aaO grundsätzlich zuzustimmen.

Da aber einheitlich die Mitbestimmung, um die es hier geht, durch Entsendung von AN in den Aufsichtsrat eingeführt und abgesichert wird, ist hier wieder eine Unterteilung zu treffen.

- 1.) Soweit nur der Aufsichtsrat die Geschäftsführer bestellen darf

Stellt man -ausgehend z.B. vom MitbestG- einmal die hier rein theoretisch gegebenen Möglichkeiten zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Das Präsentationsrecht bleibt bestehen, weil es entweder

- die AN-Vertreter und deren Rechte gar nicht berührt, die Verpflichtung nur auf die AE-Vertreter durchschlägt, oder
- zwar den Aufsichtsrat als Organ der Gesellschaft selbst als Ganzes verpflichtet, die Mitbestimmung aber nicht mindert und ihrem Sinn nach nicht entgegensteht oder
- das Präsentationsrecht geht ganz unter, weil es unzulässigerweise in die Mitbestimmungsrechte der AN eingreift.

⁴⁷⁸ Das geht u.a. auch aus § 4 III M-MitbestG hervor. Siehe auch Müller-Lehmann MitbestG § 4 Rdn. 26 S. 110 u. Meulenbergh (Diss.) S. 151 m.w.N. Das Aufsichtsratsmitglied ist nicht an Weisungen gebunden.

- a) Führt man sich noch einmal das schon im 2. Kapitel gefundene Ergebnis vor Augen, so wird diese Überlegung hier unter folgendem Aspekt erheblich: Der Verpflichtung zur Bestellung, die die Gesellschaft trifft, kommt diese durch entsprechende Erklärung ihres Bestellungsorgans nach. Dieses Bestellungsorgan -hier der Aufsichtsrat- handelt selbst aber auch wieder nur mittels Beschluß, einer Willenserklärung, die durch Abgabe der Willenserklärungen der Mitglieder zustande kommt. Bei der so mitbestimmten GmbH kann die Gesellschaft also nur dann ihre Pflicht erfüllen, wenn der Aufsichtsrat den Beschluß herbeiführt. Der Bestellungsbeschluß kommt dadurch zustande, daß die Mehrheit für den Präsentierten stimmt. Soweit zur Herbeiführung dieser Mehrheit noch die Stimmen der AN -wenn auch nur teilweise- erforderlich sind, greift das Präsentationsrecht m.E. in die Befugnisse der AN-Vertreter ein. Zwar ist es ihnen freigestellt -wie auch in der nicht mitbestimmten GmbH- gegen den Präsentierten zu stimmen, aber durch die Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung des Präsentationsrechts verliert ihre Stimme an Wert. Der durch die Mitbestimmung bezweckte Erfolg, nämlich Teilnahme an der für das Unternehmen und damit für beide Seiten⁴⁷⁹ so wichtigen Geschäftsführerwahl, würde bezügl. des Präsentationsrechts zwar nicht verhindert, aber wesentlich eingeschränkt: Die AN hätten nach Maßgabe des 1. Teils mit der Kontrolle des Berechtigten in der Hand, könnten den Präsentierten also aus den genannten Gründen ablehnen und ihre Ablehnungsgründe einer objektiveren, gerichtlichen Kontrolle unterstellen. Es wäre ihnen allerdings de facto die Eigeninitiative genommen, die Stellung der AN-Vertreter im Aufsichtsrat würde zu einer gewissen "Blockierstellung" werden, was je nach gesetzlicher Regelung verschiedene

⁴⁷⁹ Siehe z.B. Schwerdtfeger in: Mitbest in privaten Unternehmen, S. 176 f: Für die AG bedeutet die Auswahl der Führungskräfte zugleich die Auswahl derjenigen Personen, die durch ihr konkretes Handeln den Erfolg der unternehmerischen Veranstaltung bestimmen

Konsequenzen hat.

Es fragt sich, ob von der Grundkonzeption der Mitbestimmung her dieser Einfluß als ausreichend anerkannt werden kann oder ob durch Auslegung der minimale Einflußbereich der AN auf die Person der Organwalter umfassender sein sollte. Zunächst einmal wird man dies als eine Frage der einzelnen Gesetze ansehen müssen, welche sämtlich dem Gesellschaftsrecht aufgestülpt⁴⁸⁰ sind und nicht zu einem einheitlichen Unternehmensverfassungsrecht geführt haben.⁴⁸¹

Als für alle Regelungen einheitlich geltenden Grundsätze kann man in Bezug auf das Präsentationsrecht folgende ansehen:

1. Die Satzung hat auf die durch das Gesetz geregelte Mitwirkung der AN keinen Einfluß⁴⁸²
2. Die Rechtsstellung aller Aufsichtsratsmitglieder ist einheitlich, sie haben alle die selben Rechte und Pflichten.⁴⁸³
3. Die verschiedenen Mitbestimmungsregelungen lassen durch die Besetzung und Stimmverteilung im Aufsichtsrat erkennen, wie der Einfluß der Bereiche Arbeit und Kapital voneinander abgegrenzt werden soll.

⁴⁷⁹ zu deren Durchführung die AE haftendes Kapital zur Disposition des Unternehmens gestellt haben. Für die AN bedeutet dasselbe ihre Arbeitskraft

⁴⁸⁰ So die treffende Formulierung von Hoffmann/Neumann GmbHRsch 76, S. 184. Fast gleichlautend auch Reich/Lewerenz AuR 76 S. 262

⁴⁸¹ Hierin liegt letztlich auch die Hauptschwierigkeit der Interpretation und Lückenausfüllung. Vgl. etwa Fitting, MitbestG Vorb. Rdn. 89 ff; Martens AG 76 114 ff und Reich/Lewerenz aaO.

⁴⁸² Das ist wohl, soweit der Wortlaut reicht, unstrittig. Vgl. Fitting, Martens und Reich/Lewerenz aaO sowie Raiser, DB 76, S. 150 f und Hoffmann/Neumann aaO

⁴⁸³ Siehe z.B. BAG, AG 58; Dittrich (Diss.) S. 99 ff; Ebben (Diss.) S. 157; Eder in Handbuch RZ 479, 4 S. 222, 2 f; Fröhlich-Franke-Wagner § 76 Anm. 18 S. 35; Hueck-Leibholz S. 11; Mertens H.G. (Diss.) S. 9; Robels (Diss.) S. 97; Kirchner DB 71, S. 2065 Schröder, Festschr. f. Gessler S. 182

Dem folgend kann auf das Präsentationsrecht angewandt nur allgemein festgestellt werden, daß dadurch weder in ein gesetzlich geregeltes Mitwirkungsrecht der AN direkt eingegriffen wird noch daß an der einheitlichen Rechten- und Pflichtenstellung gerüttelt wird.

Nur soweit man die AN-Vertreter im Aufsichtsrat für Vertreter von Sonderinteressen⁴⁸⁴ hält und den Aufsichtsrat als von zwei verschiedenen Fraktionen zusammengesetzt ansieht⁴⁸⁵, könnte man in Bezug auf das Präsentationsrecht gerade aus der einheitlichen Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder den Schluß auf einen Widerspruch mit der Mitbestimmung ziehen:

Hält man die AN-Vertreter für Vertreter von Sonderinteressen, spricht man von einem Interessenpluralismus des Aufsichtsrats, so liegt es nahe, die Satzung nicht mehr als die Verfassung der Gesellschaft schlechthin anzusehen, sondern nur noch als eine Teilordnung.⁴⁸⁶ Der durch die Mitbestimmung eingeführte Interessenpluralismus hat aber gerade nicht -wie aus der Einführung des MitbestG als nunmehr 4. Regelung zu schließen ist- zu einem einheitlichen Unternehmensverfassungsrecht geführt.

Die Satzung gilt daher nicht allein für die Funktion des Faktors Kapital, d.h., die AE-Vertreter, sondern für die Gesellschaft und ihre Organe nach geltendem Gesellschaftsrecht einheitlich.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Bereits Kunze-Spieker BB 58, S. 382 vertreten diese Auffassung. Im selben Sinne auch Reich im MitbestG S. 164 ff und Reich/Lewerenz AuR 76, S. 262 ff

⁴⁸⁵ Claussen AG 71, S. 388; die gesellschaftsrechtlichen Grenzen führt Mertens S. 117 f (m.w.N.) an.

⁴⁸⁶ So Kunze-Spieker aaO und wohl auch Reich aaO m.w.N.

⁴⁸⁷ Das betonen sehr richtig Blümer, (Diss.) S. 96 u. 114; Hofmann, BB 73 S. 1085; Schilling RdA 54 S. 445 u. Schmidt NJW 52, 1353

Die von der Mitbestimmung in das Organ Aufsichtsrat hineingetragenen Interessengegensätze solle nicht ein Gesellschaftsorgan auseinanderreißen, sondern zu einem Interessenausgleich führen, welches auf der Basis des Gesellschaftsrechts unter Berücksichtigung der Mitbestimmungsregelung zu geschehen hat.⁴⁸⁸

Daher hat die Gesellschaft grundsätzlich ihren satzungsmäßigen Verpflichtungen auch unter dem Einfluß der Mitbestimmung so nachzukommen, wie es im 1. Teil dargestellt wurde¹

Durch die internen gesellschaftsrechtlichen Pflichten ist ihr gegenüber das Organ selbst verpflichtet, den für die Bestellung erforderlichen Beschluß zu fassen. Da das Präsentationsrecht meist einseitig rein kapital- und anteilseignergebundene Interessen berücksichtigt, führt eine solche Beschlußfassungspflicht aber gleichzeitig zu einer einseitigen Bevorzugung der AE-Seite. Solange der Aufsichtsrat auf den Gesellschaftsvertrag keinerlei Einfluß hat und die AE diesen ihren Interessen gemäß abfassen können,⁴⁸⁹ führt die unveränderte Übernahme der gesellschaftsrechtlichen Folgen des Präsentationsrecht in der Mitbestimmung zur Verlagerung der Einflußsphären und zwar zur anderweitigen Verteilung und Abgrenzung der Interessen. Es ist zwar eine grundsätzliche Abstimmungsfreiheit jedes einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gegeben und der gesetzliche Zweck insoweit erreicht, als eine Bestellung der Kontrolle und der Mitwirkung der AN bedarf, jedoch die vorher zu treffende Auswahl der Bewerber entgeht den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern zum größten Teil.

⁴⁸⁸ Vgl. insoweit auch die Aufsätze von Hoffmann/Neumann, Martens und Raiser aaO

⁴⁸⁹ Das gilt für alle Mitbestimmungsregelungen einheitlich. Vgl. jetzt z.B. Hoffmann/Neumann, Raiser und Martens aaO

- b) Die Grenzen des Präsentationsrechts und der hieraus zu ziehenden gesellschaftsrechtlichen Folgen ergeben sich unter der Geltung des Mitbestimmungsrechts also letztlich aus Beantwortung der Frage, inwieweit das freie Entscheidungsrecht des Aufsichtsrates an Auswahlkriterien gebunden werden kann.

Soweit das Präsentationsrecht dem Aufsichtsrat völlig die Möglichkeit nimmt, eine Auswahl zu treffen, ihn sogar gegebenenfalls zwingen sollte, einen ungeeigneten Geschäftsführer zu bestellen, wird man dies als mit dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung nicht vereinbar ansehen müssen. Solange man in den einzelnen Mitbestimmungsregelungen dem Gesellschaftsvertrag noch die Möglichkeit beläßt, bestimmte Auswahlkriterien für die Geschäftsführer festzulegen, ist die Einflußnahme der Gesellschafter auf die Person des Geschäftsführers ohnehin größer als die der AN. Erst eine solche Regelung, welche auch diese Möglichkeit eindeutig beseitigt, wird auch eine entsprechende Auswirkung auf das gesellschaftsvertraglich vereinbarte Präsentationsrecht haben. Solche gesetzliche Regelung gibt es jedoch bis heute noch nicht. nach wohl einhelliger Meinung besteht in sämtlichen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag entsprechende Auswahlkriterien festzulegen.

- aa) Betrachtet man die Regelungen des Montan-MitbestG und MitbestergG, so ist man sich hier darin einig, daß der Gesellschaftsvertrag Auswahlkriterien aufstellen kann, der Aufsichtsrat soll hiervon abgesehen dann völlig frei in der Auswahl der Geschäftsführer sein. Man schließt dies aus den einzelnen Verweisungsvorschriften auf das AktG.⁴⁹⁰

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß das AktG selbst wie auch die Mitbestimmungsregelungen, nur etwas über die Bestellung, nicht jedoch über die Auswahl aussagt, soweit man die Auswahlkompetenz als Annex zum Bestellungsrecht wie selbstverständlich aus

⁴⁹⁰ Vgl. z.B. Dapprich ZfB 52, S. 258 f und Mertens (Diss.) S. 21 jeweils m.w.N.

den entsprechenden Normen entnehmen will, mag das für die Aktiengesellschaft zutreffen. Zu beachten ist aber, daß die Verweisungsvorschriften ohnehin bereits ungenau insofern sind, als sie der GmbH aktienrechtliche Regelungen aufzwingen, die nicht zu ihrem Charakter passen. Die aus dem Gesamtgefüge des Aktienrechts außerdem in Bezug auf diese Vorschriften noch folgenden Auswirkungen wird man für die GmbH ohne weiteren gesetzlichen Anhaltspunkt nicht übernehmen können.

So wird man bei der GmbH den einzeln aufzustellenden Auswahlkriterien einen größeren Spielraum einräumen können als bei der Aktiengesellschaft. Dies ergibt sich bereits aus der Struktur der GmbH sowie aus den wesentlich weniger einschneidenden Regelungen des GmbHG.

Man ist sich eigentlich für alle mitbestimmungsrechtlichen Regelungen - insbesondere ist die Diskussion durch die Einführung des MitbestG hierüber weiter fortgeführt worden - darüber einig, daß die Satzung für die Auswahl Erfordernisse aufstellen kann, die Grenzen aber spätestens dort zu setzen sind, wo dem Aufsichtsrat praktisch keine Wahlmöglichkeit mehr bleibt.⁴⁹¹ Kann also innerhalb den in diesem Rahmen liegenden Auswahlkriterien die Gesellschafterversammlung dem Aufsichtsrat zulässigerweise vorschreiben, daß die Geschäftsführer z.B. deutsche Staatsangehörigkeit haben müssen, einen bestimmten Wohnsitz, ein bestimmtes Alter, eine bestimmte Ausbildung ggf. sogar eine bestimmte Beteiligung haben müssen. So stellt sich die Frage, warum man nicht das Präsentationsrecht insoweit auch als ein bestimmtes Auswahlkriterium ansehen soll. Auf den Aufsichtsrat bezogen bedeutet das Präsentationsrecht letztlich, daß der Aufsichtsrat eine Person bestellen soll, welche von dem Präsentierten vorgestellt wurde. Das Auswahlkriterium lautet also gleichsam, daß die vom Auf-

⁴⁹¹ Vgl. insoweit z.B. Rumpff GK zum MitbestG § 30 Rdn. 20 und Hoffmann-Lehmann-Weinmann MitbestG § 31 Rdn. 31 Rdn. 24 ff m.w.N.

sichtsrat zu wählende Person nicht unbedingt eine bestimmte Staatsangehörigkeit. Ausbildung etc. haben muß, sondern von einer bestimmten Person vorgestellt sein soll. Greift man jetzt zurück auf die im gesellschaftsrechtlichen Teil bereits erzielten Ergebnisse, so dann man bezügl. der absoluten Grenze feststellen, daß dem Aufsichtsrat nicht etwa die gesamte Wahlmöglichkeit genommen wäre. Es konkretisiert sich zwar die vom Aufsichtsrat zu treffende Auswahl meist auf eine bestimmte Person, jedoch auch nur in dem Falle, wo diese Person grundsätzlich geeignet ist, die Geschäftsführerposition entsprechend auszufüllen. In allen anderen Fällen hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, die Bestellung abzulehnen, ggf., falls der Berechtigte nicht pflichtgemäß kurzfristig eine andere Person präsentiert, eine Person seiner Wahl zu bestellen.

So muß auch im Montan-MitbestG und MitbestergG grundsätzlich diese Schlußforderung gelten, auch wenn dort die Einflußnahme der Gesellschafter im Aufsichtsrat selbst weiter zurückgedrängt ist, als im MitbestG. Da sich die Verpflichtung an die Gesellschaft und über diese an das Organ insgesamt wendet, kann dies kein entscheidendes Kriterium sein. Gleichgültig wie die AE im Aufsichtsrat zahlenmäßig vertreten sind, solange die mitbestimmungsrechtliche Regelung den Gesellschaftern die Möglichkeit der Schaffung satzungsmäßiger Auswahlkriterien gibt, muß sich dieses Organ auch grundsätzlich hieran halten. Selbstverständlich wird man in Ansehung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen die Personengruppe, aus welcher der Berechtigte seine Auswahl treffen kann, auch in gewisser Weise einschränken müssen. So wird der Berechtigte - je größer die Einflußsphäre der AN im Aufsichtsrat ist desto stärker - bei pflichtgemäßer Berücksichtigung des Wohles der Gesellschaft in seiner Entscheidung auch mit einbeziehen müssen ob die von ihm präsentierte Person in Bezug auf die Einfluß-

sphäre der AN-Vertreter im Aufsichtsrat "geeignet ist. Genauso, wie die AN-Vertreter im Zeitpunkt des Erwerbs der Organmitgliedschaft an das Wohl der Gesellschaft gebunden sind, muß auch der Berechtigte dieses Wohl insoweit berücksichtigen, als er mögliche Spannungen durch die vermehrte Einflußnahme der AN im gesellschaftsrechtlichen Gefüge berücksichtigt und bei Personen, welche diese Spannungen provozieren könnten, von der Präsentation absieht.

- bb) Das oben gefundene Ergebnis gilt grundsätzlich auch im MitbestG, zumal dort die Einflußsphäre der Gesellschafter über die AE-Vertreter und die Regelung zur Patt-Situation für die Gesellschafter günstiger verlaufen ist. Die neuere Literatur zu der hier angesprochenen Problematik will teils die Grenze dort setzen wo der Aufsichtsrat gezwungen wäre, eine bestimmte Person zu bestellen.^{492a} Andere Stimmen gehen davon aus, daß die absolute Grenze dort sein soll, wo die Auswahlbeschränkungen dem Aufsichtsrat nicht mehr die Möglichkeit lassen eine ihren Aufgaben gerechtwerdende Geschäftsführung zu bestellen.⁴⁹³ Man wird letzterer Ansicht dahingehend zustimmen müssen daß maßgeblich die Gesamtregelung ist, nicht die jeweilige Auswahlfreiheit bei jeder einzelnen Geschäftsführerbestellung. Wenn man -mit gutem Grund- dieser Meinung folgt und dann letztlich die Grenze dort zieht, wo der Aufsichtsrat gezwungen wird, eine ungeeignete Geschäftsführung zu bestellen, dann ergeben sich auch unter der Geltung des MitbestG für das Präsentationsrecht keine anderen Schranken als die bereits aus gesellschaftsrechtlicher Sicht heraus bestehenden. Letztlich verpflichtet das Präsentationsrecht auch nicht dazu, eine bestimmte Person in jedem Fall zu bestellen, sondern läßt

⁴⁹² Vgl. insoweit Rumpff aaO Rdn. 20 u. 26

⁴⁹³ Hoffmann-Lehmann - Weinmann aaO Rdn. 25 m.w.N.

Jedenfalls die Nachprüfung der grundsätzlichen Eignetheit offen.

Es ist zwar einzuräumen, daß dem Aufsichtsrat im Ergebnis damit ein Teil seiner Auswahlfreiheit genommen und ihm mehr ein starkes Aufsichtsrecht und eine Blockierstellung zuerkannt wird, dies ist jedoch im Rahmen des MitbestG durch die gesetzliche Regelung gedeckt. Die dort gesetzlich angeordnete Mitwirkungsbefugnis und Aufsichtsmöglichkeit gem. §§ 30, 31 MitbestG gibt den AN-Vertretern letztlich keine durchschlagende Möglichkeit, die Bestellung des durch die AE-Vertreter einhellig bevorzugten Aspiranten zu verhindern.⁴⁹⁴

Die AN-Vertreter haben selbst bei aller Geschlossenheit niemals allein die Möglichkeit, den von ihnen Bevorzugten zum Organwalter zu bestellen.

Damit hat sich der Gesetzgeber selbst bereits für ein zwar starkes Aufsichtsrecht, jedoch ein wesentlich schwächeres Mitwirkungsrecht entschieden. Daher kann auch die pauschale Verweisung auf die aktienrechtliche Regelung -soweit man diese dem Präsentationsrecht überhaupt als entgegenstehend ansehen will- nur für das Verfahren der Bestellung und Abberufung gelten.⁴⁹⁵ Das MitbestG stellt damit zur Sicherung der Mitwirkungsbefugnisse der AN nur die rein technischen Abläufe des Aktienrechts zur Verfügung, ordnet das Gesellschaftsrecht -speziell die Struktur der GmbH- in diesem Bereich aber nicht unter.

Gerade wegen der Prävalenz des Gesellschafts-

⁴⁹⁴ Das räumen selbst Reich/Lewerenz S. 272 f ein. Wie hier auch Raiser, NJW 76, S. 1337 ff (1339)

⁴⁹⁵ Entgegen Reich/Lewerenz aaO wird man auch gerade im MitbestG daran festhalten müssen, daß gesellschaftsrechtliche Positionen nur insoweit verändert werden, als das ausdrücklich und unmittelbar angeordnet ist. Vgl. Eder in Handbuch RZ 479, 8 S. 222 u. Fröhlich-Franke-Wagner S. 7; Mertens H.G. (Diss.) S. 18 ff Hachenburg § 52 Anh. II Anm. 2 S. 337; Kreifels GmbHRSch 55, S. 179; Schneider BB 73. 146 f; Die Vertragsfreiheit ist nur soweit eingeschränkt, wie die Funktion des Aufsichtsrats es verlangt.

rechts⁴⁹⁶ ist es nicht ersichtlich, warum das Präsentationsrecht hier an gesellschaftsrechtlicher Auswirkung verlieren sollte. Es läßt den AN genau die gesetzlich eingefügte Stellung, bindet sie nicht an eine bestimmte Abstimmung und berücksichtigt ihr Stimmrecht auch auf keine anderen als der vorgeschriebenen Weise.

Die GmbH-Struktur wird durch die Mitbestimmung selbst nicht geändert, die unterschiedliche Zuständigkeit zur Auswahl und Bestellung eines Organwalters weder expressis verbis noch durch Auslegung des Gesetzes unmöglich gemacht.⁴⁹⁷ Das Organaufsichtsrat als solches hat sich satzungsgemäß zu verhalten, als Organ die Verpflichtung der Gesellschaft zu erfüllen.⁴⁹⁸ So kommen auch die neueren Ansichten in der Literatur nahezu einmütig zu dem bereits im gesellschaftsrechtlichen Teil gefundenen Ergebnissen: So wird sowohl anerkannt, daß ein Wahlvorschlag, der sich nicht an den satzungsmäßigen Erfordernissen ausrichtet, vom Aufsichtsratsvorsitzenden zurückgewiesen werden muß. Er darf nach dieser Ansicht den Vorschlag - wie bereits die gesellschaftsrechtliche Lösung ohne Berücksichtigung der Mitbestimmung dies vorsah - nicht zur Abstimmung stellen, bei einer gleichwohl erfolgten Wahl soll diese Wahl wirksam sein jedoch dem Aufsichtsrat die Pflicht auferlegen, die Geschäftsführer vorzeitig wieder abzuberufen.^{498a}

⁴⁹⁶ Dazu bereits oben FN. 477

⁴⁹⁷ Schneider BB 73. 1467 will die Vertragsfreiheit der Gesellschafter nur soweit eingeschränkt wissen wie die Funktion der AN-Vertreter dies verlangen. Selbst das unterstellt führt hier zu keinem anderen Ergebnis, sondern legt im Gegenteil die gefundene Lösung auch aus diesem Gesichtspunkt nahe.

⁴⁹⁸ Insofern unterscheidet sich das Präsentationsrecht auch von gesellschaftsvertraglichen Anforderungen an die Person des Kandidaten. Zur Wirksamkeit dieser Bestimmungen siehe z.B. Boldt MitbestG § 4 Anm. 4 S. 54 u. Anm. 6 sowie Dapprich ZfB 52. 257 f

^{498a} So ausdrücklich Hoffmann-Lehmann-Weinmann MitbestG § Rdn. 26 f m.w.N. Bezüglich der Abberufung nahezu gleichlautend auch Rumpff GK-MitbestG Rdn. 20, speziell für die GmbH auch

2. Soweit das ursprüngliche Wahlorgan die Geschäftsführer bestellt.

Im obigen Abschnitt wurde die Regelung des BetrVerfG noch nicht mit einbezogen, da dort die Mitbestimmung dem Aufsichtsrat nicht zwingend die Geschäftsführerbestellung zuordnet. (§§ 27 I, 76 BetrVerfG¹⁵²).

An den gesellschaftsrechtlichen Regelungsmöglichkeiten zur Auswahl und Bestellung der Geschäftsführer ändert sich somit nichts.

Bestellungs- wie auch Präsentationsrechte können damit nach wie vor mit den gleichen Auswirkungen vereinbart werden.

Nur insoweit der Aufsichtsrat -hier obligatorisch- Bestellungsorgan sein sollte, werden auch die AN-Vertreter betroffen. Da ihnen aber an sich überhaupt kein Einfluß auf die Besetzung der Geschäftsführerposition zusteht, gibt der GV ihnen in dem Fall ein Mehr an Einfluß, als ihnen die Mitbestimmungsregelung einräumte.

Eine Minderung der Mitwirkungsrechte der AN kann hier also niemals eintreten, es sind keine Gründe ersichtlich, warum einem Präsentationsrecht hier aus dem Aspekt der Mitbestimmung zusätzliche Grenzen gesetzt sein sollten.

Sollte demgemäß eine Bestellung an den Stimmen der AN scheitern, können deren Einwände, wie bereits im ersten Teil der Arbeit näher dargelegt, gerichtlich nachgeprüft und abgewogen werden, sollte eine Bestellung entgegen den satzungsmäßigen Vorschriften erfolgen, kann und muß eine entsprechende vorzeitige Abberufung erfolgen.

Die einzige Änderung, welche das Präsentationsrecht inhaltsmäßig erfährt, liegt in der Mitberücksichtigung der durch die Mitbestimmung geschaffenen Situation. Der Berechtigte muß bei seiner Auswahl auf die möglichen Spannungsverhältnisse zwischen dem zu Präsentierenden und den AN bzw. den AN-Vertretern berücksichtigen. Er wird im Interesse der Gesellschaft die Präsentation eines solchen späteren Geschäftsführers unterlassen müssen, welche erkennbar auf den geschlossenen Widerstand der AN-Fraktion stoßen wird. Die AN-Vertreter selbst werden bei Präsentation eines solchen, in ihren Augen gerade deshalb Ungeeigneten immer die Möglichkeit haben, dessen Bestellung zu widersprechen d.h., gegen ihn zu stimmen. Selbst wenn man sie der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als Organmitglied unterwerfen will, wird man ihre Position nach Sinn und Zweck den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen unter anderem auch gerade hierin sehen müssen. Die wichtigen Gründe, welche gegen die Bestellung des Präsentierten sprechen und die Ausübung des Präsentationsrechts als rechtsmißbräuchlich erscheinen lassen, erfahren insoweit eine gewisse Ausweitung. Wenn man die AN-Vertreter überhaupt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unterwerfen will, wird man ihnen, in diesem speziellen Fall, eine Verletzung dieser nicht vorwerfen können, sie also intern im Verhältnis zur Gesellschaft auch nicht für die durch ihre anderweitige Abstimmung herbeigeführten Schäden halten lassen.

Ergebnis:

Durch die Schaffung eines obligatorischen Aufsichtsrates, welcher die alleinige Bestellungskompetenz für die Geschäftsführer innehat, ändert sich allein noch nichts an den Auswirkungen des Präsentationsrechts. Weder im Montan-MitbestG noch im MitbestergG und im MitbestG ist ein Präsentationsrecht bezüglich der Geschäftsführer ausgeschlossen. Lediglich wird man nach Sinn und Zweck der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen dem Berechtigten die Pflicht auferlegen müssen, auch die etwaigen Vorstellungen der AN-Vertreter -sofern diese überhaupt als solche zutage treten, mitzubedenken, sowie etwa bevorstehende Spannungen mitzubedenken.

Gesellschaftsrechtlich ändert sich lediglich die Bestellungskompetenz, der Aufsichtsrat nimmt in dieser Beziehung grundsätzlich die Stellung ein, die Gesellschafter im gesetzlichen Normalfall gem. § 46 Nr. 5 GmbHG innehatten. Bedingt durch Sinn und Zweck der mitbestimmungsrechtlichen Regelung hat dieses Organ allerdings eine größere Möglichkeit, die den Präsentierten als ungeeignet zurückzuweisen, als ursprünglich das gesetzlich oder satzungsmäßig vorgesehene Bestellungsorgan hatte.

II. Bei einem Präsentationsrecht bezüglich des Aufsichtsrats

Man muß es wohl als eine typische Erscheinung des Mitbestimmungsrechts ansehen, daß jede Mitbestimmungsregelung einen anderen Ansatz zur Absicherung der Mitbestimmung wählt, das mitbestimmte Organ aber Überall der Aufsichtsrat ist.

Während das MitbestG sich noch eng an die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze anlehnt und konsequenterweise den AN nur ein gesetzliches Präsentationsrecht gewährt, gehen die nachfolgenden Gesetze schon von einem eigenen Wahl- bzw. Bestellungsrecht aus, den AN eine unterschiedliche Einwirkungsmöglichkeit allein durch unterschiedliche zahlenmäßige Zusammensetzung einräumend.

Es ist klar, daß dadurch der Einfluß der AE auf die personelle Besetzung des Aufsichtsrats sich nur noch auf den ihnen zugestandenen Teil der Aufsichtsratssitze beschränkt.

Als ausgeschlossen, weil gegen Sinn und Zweck der Montan-Mitbestimmung verstoßend, muß jeglicher Versuch rechtlicher Einflußnahmen auf die AN überlassenen Stellen erachtet werden.

Fraglich ist aber, ob bezüglich der AE-Sitze im Aufsichtsrat noch eine zahlenmäßig unbegrenzte Einräumung von Präsentationsrechten möglich ist. Anlaß zu dieser Überlegung gibt die Regelung des § 101 AktG, welche u.U. über eine allgemeine "sinngemäße" Anwendung⁴⁹⁹ des Aktiengesetzes oder direkt⁵⁰⁰ auch für die GmbH gilt.

⁴⁹⁹ § 3 II Montan-MitbestG i.V. § 4 und § 5 MitbestergG

⁵⁰⁰ § 129 BetrVerfG '52 i.V. mit § 77 I BetrVerfG '72

Wegen der relativ engen Verwandschaft zwischen dem Präsentationsrecht und dem Bestellungsrecht könnte man hier eine analoge Regelung treffen:

1. Anwendbarkeit des § 101 AktG

Es könnte § 101 AktG für die mitbestimmte GmbH mit der Maßgabe analog angewandt werden, daß das Präsentationsrecht zahlenmäßig genauso begrenzt wird wie das Bestellungsrecht.

Für den Aufsichtsrat würde dies z.B. bedeuten, daß maximal $1/3$ der AE-Vertreter im Aufsichtsrat präsentieren dürfen.

Eine solche Regelung läßt sich aber schwer begründen.⁵⁰¹ Was der Gesetzgeber selbst bei der Neuregelung der Mitbestimmung wieder revidiert hat,⁵⁰² weil bei der GmbH eine solche Regelung aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung her nicht empfiehlt, kann auch auf das Präsentationsrecht nicht analog angewandt werden. Aus der Überlegung heraus, daß der Einbruch der Mitbestimmung in das Recht der Gesellschaften auch gerade in das der GmbH schon tief genug ist, darf man nicht noch eine kaum verständliche Regelung auf eine nur ähnliche, aber nicht so weitgehende Form der Einflußnahme ausdehnen und dadurch den Einbruch

⁵⁰¹ Siehe z.B. schon für das Bestellungsrecht Greiffenhagen (Diss.) S. 76 f und die dort Aufgeführten. Ihm ist voll zuzustimmen. Sehr richtig auch Nipperdey: "Der innere Grund für eine Beschränkung des Entscheidungsrechts entfällt daher bei der GmbH" GmbHRSch 53, S. 145 ff (148). Ebenso auch Bergmann NJW 53, S. 82.

⁵⁰² Siehe § 6 II Mitbestimmungsg, wo ausdrücklich § 101 II AktG ausgenommen wird.

noch verstärken.⁵⁰³

Wie sich in der Arbeit schon gezeigt hat, ist das Präsentationsrecht dem Recht auf Bestellung nur in gewisser Weise ähnlich, stellt aber in Bezug auf die Einflußnahme ein gewisses Minus dar.

Die Gefahr für die Gesellschaft ist also weniger stark, eine Gefahr für die Mitbestimmung besteht überhaupt nicht.

Selbst, wo also § 101 II AktG ausdrücklich auch für die GmbH gilt, liegt eine Aussage für das Präsentationsrecht nicht vor.

Da auch kein Grund für eine Einschränkung dieses Rechts aus dem Aspekt der Mitbestimmung her ersichtlich ist, bezieht sich die Einschränkung des Bestellungsrechts nicht auf das Präsentationsrecht.

Soweit bei der GmbH die aktienrechtlichen Regelungen nur "sinngemäß" oder aber überhaupt nicht gelten, muß diese Argumentation erst recht durchgreifen.

2. Höchstzahl der mit einem Präsentationsrecht zu belastenden Aufsichtssitze

Aus der Überlegung, daß ein Präsentationsrecht auf keinen Fall der aktienrechtlichen Beschränkung des Bestellungsrechts unterworfen ist, folgt, daß auch die Mitbestimmung keine bestimmte zahlenmäßige Begrenzung bezüglich der den AE überlassenen Aufsichtsratsstellen geschaffen hat.

⁵⁰³ Hier gilt der bereits oben angeführte und für grds. richtig erkannte Gedanke, daß der Aufsichtsrat der AG nicht mit dem der GmbH verglichen werden kann, die Regelungen des Aktienrechts nur dort anzuwenden sind, wo sie entweder expressis verbis gesetzlich oktroyiert werden oder dort, wo sie zwingend - aus Sicht der Mitbestimmung - notwendig sind. Zur Verschiedenartigkeit der Funktionen des Aufsichtsrats der GmbH und der AG. Siehe besonders Mertens, H.G. (Diss.) S. 18. Ebenso Kreifeld GmbHRSch 55, 179; Spieker (Diss.) S. 10 f u. Dietz-Richardi Anm. 11 ff Vorbem. zu § 76 u. Anm. 22 zu § 77 BetrVerfG 1952.

Genauso, wie bei der mitbestimmten GmbH sämtliche Organwalterstellen mit einem Präsentationsrecht belegt werden können, kann in der mitbestimmten GmbH eine Präsentation bezüglich der nur von den Gesellschaftern abhängigen Stellen vereinbart werden.

Da die Mitbestimmung gerade Einfluß auf die Person der Organwalter schaffen wollte, kann sich ein Präsentationsrecht niemals auf AN-Stellen oder von diesen mitbeeinflußten Stellen beziehen.

Die Höchstzahl der Sitze, bezüglich derer ein Präsentationsrecht vereinbart werden kann, ergeben sich in diesem Sinne also aus den Mitbestimmungsregelungen selbst.

C. Welches Präsentationsrecht ist bei welcher Mitbestimmungsregelung äußerstenfalls möglich

Nachdem oben festgestellt wurde, wer durch das Präsentationsrecht nach Eintritt der Mitbestimmung verpflichtet wird und ob daher eine grundsätzliche Zulässigkeit überhaupt noch gegeben ist, soll jetzt eine Anwendung dieser Erkenntnisse auf die jeweiligen anderen Mitbestimmungsregelungen unterliegenden Gesellschaften mbH - getrennt nach Geschäftsführer und Aufsichtsrat - erfolgen und die aktuelle zahlenmäßige Begrenzung angegeben werden.

Als die wichtigsten grundsätzlichen Erkenntnisse lassen sich hier noch einmal folgende, als die für die hier zutreffende Entscheidung, wichtigsten zusammenfassen:

1. Die Bestimmungen der einzelnen Mitbestimmungsregelungen sind zwingender Natur; sie setzen entsprechende Satzungsbestimmungen sowie Tarifbestimmungen oder Betriebsvereinbarungen⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ worauf Dittrich (Diss.) S.85 besonders hinweist.

außer Kraft.⁵⁰⁵

Eine uneingeschränkte Durchsetzung der Gesellschaftsinteressen ist unter keiner Regelung mehr möglich⁵⁰⁶. gegengesetzte Interessen aus den verschiedenen Funktionsbereichen Kapital und Arbeit müssen sich im Aufsichtsrat ausgleichen.⁵⁰⁷

2. Trotz des Interessenpluralismus unterliegen aber die AN- sowie die AE-Vertreter derselben Rechtsstellung, sie haben dieselben Rechte und Pflichten⁵⁰⁸, da sie beide zunächst Organmitglieder der Gesellschaft und erst in zweiter Linie Interessenvertreter sind. An dieser Rechten- und Pflichtenstellung ändert das Präsentationsrecht selbst nichts, da es allein die Gesellschaft verpflichtet. Der Interessenpluralismus kann aber dazu führen, daß die Zusammensetzung den Aufsichtsrat in zwei Teilorgane aufsplittet.
3. Obwohl die Mitbestimmung zwingenden Charakter in Bezug auf die Mindestwirkungsrechte der AN hat, endet der Einflußbereich der Gesellschafter erst dort, wo gegen die restriktiv zur Interpretierenden ausdrücklichen Mitwirkungsbefugnisse direkt verstoßen wird. Bei der GmbH läßt sich diese einschränkende Auslegung u.a. auch mit dem Hinweis auf die ihre eigen-

⁵⁰⁵ z.B. Hueck DB 52, 782f; Kunze, AuR 1956. S.260; Sudhoff GV der GmbH S.208; ebenfalls Dietz-Richardi Anm.16 u. 36 Vorb. zu § 76 S.1521/1525

⁵⁰⁶ Mattei (Diss.) S.133, der in seiner Untersuchung über die Verfassungsmäßigkeit der Mitbestimmung aber auch hierin keinen Verfassungsverstoß sieht. Siehe auch S.156 u.169 m.w.N.

⁵⁰⁷ Kunze-Spieker BB 58, 382, die daraus den schon oben kritisierten Schluß ziehen, daß die Satzung nur noch für den Bereich Kapital von Bedeutung sei.

⁵⁰⁸ U.a. Fitting BABI 51, S.204; Hofmann BB 73, 1085 Hueck DB 52, 782; Kirschner DB 71, 2065; Nikisch S.615; Schroeder Festschr. f. Gessler S.182

⁵⁰⁹ Blümer (Diss.) S.114 u. Robels (Diss.) S.97 jeweils m.w.N.; ebenso Dittrich (Diss.) S.154

^{509a} So ausdrücklich für das MitbestG Reich in MitbestG S.166

⁵¹⁰ z.B. Eder in Handbuch RZ 497, 8 S.222, 5 und Schneider BB73, 1467

ne Grundstruktur erklären, die ein Angleichung an das Aktienrecht, wie sie die Mitbestimmung zwangsweise vornimmt, eigentlich nicht verträgt, soweit sie aber gesetzlich angeordnet ist, nur bis zu dieser ausdrücklichen Anordnung reichen kann.⁵¹¹

Mit Hilfe dieser drei grundsätzlichen Überlegungen läßt sich die Reichweite eines Präsentationsrechts unter der Mitbestimmung klären.

I. Das Präsentationsrecht bezüglich eines oder mehrerer Geschäftsführer

Die eigentliche Machtstellung des Aufsichtsrats einer AG besteht in Bestellung und Abberufung des Vorstands,⁵¹² daher greift die Mitbestimmung auch dort ein und daher bewegt sich die mitbestimmte GmbH zwangsläufig - durch Gesetz angeordnet - auf die aktienrechtliche Regelung zu. Das Präsentationsrecht als zunächst rein interne Kompetenzverteilung mit Verpflichtung der Gesellschaft selbst zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges wird ausdrücklich weder durch die gesetzlichen Regelungen direkt noch durch Verweisungen auf das Aktienrecht betroffen.

Jedoch ergab sich aus dem eindeutigen Normzweck heraus für einen Teil der Mitbestimmungsgesetze eine Beschneidung der gesellschaftsrechtlichen Folgerungen des Präsentationsrechts, ohne freilich damit diese gesellschaftsvertragliche Abrede völlig untergehen zu lassen. Er hat die Mitbestimmung im einzelnen folgende Auswirkungen im Geltungsbereich der jeweiligen Mitbestimmungsgesetze.

⁵¹¹ Das entspricht auch in etwa dem Gedanken von Hachenburg § 52 Anm. I S. f und Nikisch S. 167/624

⁵¹² Hueck BB 53, 327

1. Im Montan-Mitbestimmungsgesetz

Auch wenn man die Regelung des § 12 M-MitbestG vom gesellschaftsrechtlichen Standpunkt her ablehnen sollte⁵¹³ so wurde dadurch doch eindeutig bestimmt, daß jetzt nur noch der Aufsichtsrat Bestellungsorgan ist⁵¹⁴ und damit auch jeglicher direkte Einfluß - nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung⁵¹⁵ - der Gesellschafter auf die Wahl der Geschäftsführer ausgeschlossen ist.⁵¹⁶

Es ist einzuräumen, daß die dieser Norm entgegenstehenden Bestimmungen nichtig sind, das Präsentationsrecht als solches steht allerdings § 12 M-MitbestG zunächst einmal *expressis verbis* nicht entgegen. Der dort für anwendbar erklärte § 84 AktG sagt über die Vereinbarung eines Präsentationsrechts selbst nichts aus, lediglich Bestellungsrechte sind hiermit ausgeschlossen. Da das Präsentationsrecht aber, wie bereits oben näher erörtert, gerade in Bezug auf die durch die Mitbestimmung bewußt erzielte Änderung des Gesellschaftsrechtes ein Minus zum Bestellungsrecht ist, wird man es insoweit als zwar hart an der Grenze des rechtlich Möglichen liegend, aber noch mitbestimmungskonform ansehen müssen. Im Gegensatz zum Bestellungsrecht ist die Kompetenz des Aufsichtsrats zwar eingeschränkt, nicht aber völlig beseitigt. Gerade die oben näher erörterte Möglichkeit zur Zurückweisung des Präsentierten verbunden mit der Konsequenz, daß dieser nicht Organwalter wird ist hier das entscheidende Argument. Eine Aufspaltung in zwei Teilorgane - AE- und AN-Vertreter- von welchen das Teilorgan "AE-Vertreter" weitergehende Bindungen des Gesellschaftsvertrages unterliegen würde ist nicht notwendig.⁵¹⁸ Soweit obiger Meinung entgegengehalten werden sollte daß Sinn und Zweck des M-MitbestG eine so weite Einflußsphäre des Gesellschaftsvertrages und damit der Gesellschafter widersprechen würde, wäre auch damit

⁵¹³ So H.G. Mertens (Diss.) S. 12

⁵¹⁴ U.a. Dapprich ZfB S.258f; v. Falkenhausen S.18 u. auch Mertens aaO S.21 sowie Müller-Lehmann § Rdn. 12 S. 76

⁵¹⁵ Worauf es insoweit auch bei einer restriktiven Auslegung ankommt. S.z.R. Spieker (Diss.) S.8 ff

⁵¹⁶ Dapprich aaO, Mertens aaO. Dapprich meint richtig, daß der Aufsichtsrat in seiner Wahlfreiheit nicht eingeschränkt werden dürfe.

⁵¹⁷ Ausdrücklich: Dapprich aaO u. Kötter MitbestG §

noch nicht die Unwirksamkeit des Präsentationsrechts entschieden. Eine Nichtigkeit wäre nur dann zu bejahen, wenn die Umdeutung des Präsentationsrechts in ein sinnvolles Minus ausgeschlossen wäre. Ein solches Minus könnte z.B. darin liegen, daß die Verpflichtung der Gesellschaft jedenfalls noch durch das Teilorgan "AE-Vertreter" erfüllbar wäre, es entfielen dann lediglich die Verpflichtung der Gesellschaft selbst zur Herbeiführung der Bestellung.

Eine weitere Erörterung erübrigt sich jedoch hier, die gesetzlich angeordnete Einflußnahme der AN-Vertreter wird unter Berücksichtigung obiger Ergebnisse auch nach Sinn und Zweck des M-MitbestG ausreichend gewähren.

518 v. Ruckteschell (Diss.) S. 13 ff hält eine statutarische Bestimmung dahingehend, daß nur eine Seite des Aufsichtsrats die Bestellung der Geschäftsführer vornimmt, für nichtig. Das ist für das Bestellungsrecht sicher richtig, bezüglich des von ihm auch für nichtig gehaltenen Präsentationsrechts stimmt dieses Argument rein formal schon deshalb nicht, weil von der Vornahme einer Bestellung mittels dieses Rechts nicht gesprochen werden kann. Das von ihm für weiterhin wirksam gehaltene unverbindliche Vorschlagsrecht ist vom Präsentationsrecht insoweit nicht weit entfernt, da ja eine Verbindlichkeit des Vorschlags nicht für die Organmitglieder selbst gilt. Gerade darin aber sieht er ja den Grund für die Nichtigkeit. Ausdrücklich lehnt auch Boldt - ohne nähere Begründungen - weiteren Bestand des Präsentationsrechts ab. Vgl. MitbestG § 5 Anm. 2 ff S. 71

1. Präsentationsrecht bezüglich Geschäftsführer - Po.

2. Im Mitbestimmungsergänzungsgesetz

Für das MitbestergG gelten die selben Grundsätze wie für das Montan-MitbestG.

Die Entscheidung kann wegen der identischen Struktur für beide Gesetze nur einheitlich fallen.

3. Im Betriebsverfassungsgesetz

Ganz allgemein läßt sich zum BetrVerfG sagen, daß hier der Einfluß der AN nicht so groß ist, wie bei den Montangesellschaften.⁵¹⁹

Das drückt sich vor allem darin aus, daß zwar eine AN-Beteiligung im -jetzt obligatorischen- Aufsichtsrat vorgeschrieben ist, der Aufsichtsrat aber nicht zwingendes Bestellungsorgan der Geschäftsführer wurde.⁵²⁰

Wegen der grundsätzlich geringeren AN-Beteiligung wird man diese Bestimmung der Montanmitbestimmung auch nicht analog anwenden können,⁵²¹ so daß den Gesellschaftern bei der Geschäftsführerbestellung völlig freie Hand bleibt.

Konnten sie vorher eine unbeschränkte Anzahl der Organwalterstellen mit einem Präsentationsrecht belegen, hat sich durch das BetrVerfG nichts geändert, ein Präsentationsrecht bleibt zahlenmäßig unbegrenzt wirksam.

518 nicht gesprochen werden kann. Das von ihm für weiterhin wirksam gehaltene unverbindliche Vorschlagsrecht ist vom Präsentationsrecht insoweit nicht weit entfernt, da ja eine Verbindlichkeit des Vorschlags nicht für die Organmitglieder selbst gilt. Gerade darin aber sieht er ja den Grund für die Nichtigkeit.

Ausdrücklich lehnt auch Boldt -ohne nähere Begründung- den weiteren Bestand des Präsentationsrechts ab. Vgl. MitbestG § 5 Anm. 2 bb S. 71

519 Nikisch S. 624; v: Falkenhausen S. 18

520 H Bergmann NJW 53. 82; Dietz-Festschr. S. 702; Erdmann Anm. zu § 77 I, S. 275; Fitting-Auffarth-Kaise § 77 Rdn. 11 S. 927; Fröhlich-Franke, Wagner § 77 Anm. 5 S. 45; Galperin-Siebert § 77 Anm. 9 S. 716

521 Ausdrücklich Hueck BB 53, S. 325 u. Klassen (Diss.) S. 58

4. Das Mitbestimmungsgesetz

Nur wenn man das Präsentationsrecht als ein das einzelne Aufsichtsratsmitglied bindendes Recht ansieht, mag die kategorische Ablehnung der Wirksamkeit unter dem Mitbestimmungsgesetz richtig sein.⁵²²

Hält man demgegenüber jedoch die hier vertretene Ansicht für richtig, so ist kein Grund ersichtlich, die aktienrechtlichen Regelungen über dem Wortlaut hinaus hier anzuwenden statt den Strukturmerkmalen der GmbH weitestmöglich zu folgen.⁵²³

Die in Bezug auf das Präsentationsrecht im Mitbestimmungsgesetz enthaltene Regelungslücke⁵²⁴ ist hier auch unter der Geltung des MitbestG gesellschaftsrechtlich auszufüllen.⁵²⁵ Da das dem Aufsichtsrat auch gesellschaftsrechtlich zustehende Bestellungsrecht durchaus kein reines "Inthronisationsrecht" ist,⁵²⁶ vielmehr den AN-Vertretern die Möglichkeit gibt, den Präsentierten abzulehnen und einen von ihnen vorgeschlagenen zu wählen, kann man den Einflußbereich des Präsentationsrechts nicht im engsten Kreis des Wahlverfahrens ansiedeln. Man wird zwar grds. der auch von den Gegnern des MitbestG vertretenen Meinung folgen können, daß der Spielraum für die gesellschaftsvertraglichen Festlegungen dort seine Grenzen hat, wo die Wahlfreiheit des Aufsichtsrats so eingengt ist, daß nur noch eine bestimmte Person gewählt werden kann.⁵²⁷

⁵²² Ohne weitere Begründung lehnt Fitting MitbestG § 531 Anm. 6 bindende Vorschlagsrechte ab, ihre Einräumung soll gegen das MitbestG verstoßen.

⁵²³ So aber Reich/Lewerenz AuR 76, S. 272. Allein aus der strikten Anwendung aktienrechtlicher Regelungen und der im Aktiengesetz vertretenen Überwiegenden Meinung dazu wollen sie hier zu einer Ablehnung des Präsentationsrechts gelangen.

⁵²⁴ Zu den Regelungen expressis verbis und den Regelungslücken hat sich gerade in Bezug auf das MitbestG eine Diskussion entfacht, auf die hier nicht im einzelnen eingegangen werden kann. Es wird angesichts der unterschiedlichen Ansatzpunkte auch unter Zugrundelegung der verfassungsrechtlichen Problematik m.E. lange dauern, bis sich hier eine h.M. herausgebildet hat. Vgl. grundlegend z.B. die Aufsätze von Naendrup in MitbestG S. 110 ff und Reich aaO S. 164 ff, Reich/Lewerenz aaO sowie Martens AG 76 S. 113 ff, Raiser BB 76 S. 145 ff und Hoffmann/Neumann, GmbHRSch 76, S. 187 ff. - 204 -

Das Präsentationsrecht fällt sich aber eben noch innerhalb dieser Grenzen, da es dem Berechtigten die Auswahlkompetenz zuerkennt und nicht bereits durch bestimmte subjektive und objektive Merkmale eine bestimmte Person festlegt. Der Berechtigte nimmt die Auswahl unter der nach § 242 BGB zu berücksichtigenden grundlegenden Interessen der AN für den Aufsichtsrat wahr, das Wahlverfahren läuft damit genau wie gesetzlich vorgesehen ab.^{527a}

Durch die zusätzliche Berücksichtigung der AN-Interessen durch den Berechtigten wird dessen Auswahlverfahren im Sinne der Mitbestimmung gebunden, der Einfluß der AN in gesetzeskonformer Weise auf die Auswahl der Organe ausgedehnt. Von einer Beschränkung der Auswahlkompetenz kann daher nicht gesprochen werden, es liegt eine reine Delegation vor. Durch den Wahlakt kommt es dann zu einer Überprüfung der Auswahl mit dem vollen gesetzlich eingeräumten Einfluß der AN.

II. Das Präsentationsrecht bezüglich eines oder mehrerer Aufsichtsratsmitglieder

Wurde das Präsentationsrecht von den Mitbestimmungsregelungen bezüglich der Geschäftsführer weitgehend zurückgedrängt, so ergibt sich bei dem Aufsichtsrat eine ganz andere Sicht.

Als Organ der Einflußnahme ist er gerade in AE- und AN-Bereiche aufgeteilt. Man hat für die Bestellung des einen Bereiches die Satzung gelten lassen, für den anderen eine Wahlordnung aufgestellt, um eine

⁵²⁵ Vgl. Mertens aaO S. 119 sowie die eindeutige Stellungnahme bei Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 31 Rdn. 25

⁵²⁶ Martens aaO stellt dies im Gegensatz zum Bestellungsrecht und meint, hier läge dann ein Kompetenzübergreif der Gesellschafter vor.

⁵²⁷ Hoffmann/Neumann aaO S. 184 und Raiser S. 119 m.w.

^{527a} Raiser aaO geht kurz auf die Frage des Präsentationsrechts ein und meint, man könne mit Mitteln der Auslegung den weiteren Bestand und die Auswirkungen dieses Rechts im MitbestG nicht festlegen. Die Grenze sei hier zu flüssig. Ähnlich auch Mertens und Hoffmann/Neumann aaO, die nicht direkt das Präsentationsrecht ansprechen, jedoch verschiedene Grundsätze aufstellen, die einmal für ein uneingeschränktes Weiterbestehen sprechen, mal wesentliche Einschränkungen befürworten lassen, wie hier auch Hoffmann/Lehmann/Weinmann aaO § 31

um eine möglichst weitgehende Unabhängigkeit voneinander und den AE eine möglichst interessengerechte Lösung zu ermöglichen. Ganz allgemein sei nur noch bemerkt, daß -mit Ausnahme des Montan-MitbestO-die AN nach dem System des Gesellschaftsrechts zum eigenen Bestellungs- bzw. Kurationsorgan geworden sind.⁵²⁸ Ihre Vertreter im Aufsichtsrat sind nach ihrer Bestellung voll und ganz Mitglieder eines Gesellschaftsorgans und insoweit gelten für sie auch die gesellschaftlichen Grundsätze.⁵²⁹

⁵²⁸ So richtig Natzel, AG 59, S.94 f

⁵²⁹ Siehe Blümer (Diss.) S.96 u. Schilling RdA 54 S.445. Richtig bemerkt Robels (Diss.) S.97, daß sich der Ausdruck "Vertreter der AN" nur auf die Form ihrer Bestellung, nicht auf ihre Tätigkeit bezieht.

Da die AN-Kreationsorgan kraft eigenen gesetzlich Übertragenden Rechts sind, kann sich ein Präsentationsrecht, welches satzungsmäßig vereinbart wurde, nicht mehr auf die Entsendung ihrer Vertreter beziehen. Dafür ist eine Zuständigkeit der Satzung nicht mehr gegeben.

Im einzelnen wird daher das Präsentationsrecht rein zahlenmäßig stark eingeengt.

1. Im Montan-Mitbestimmungsgesetz

Das Montan-MitbestG ist die einzige Mitbestimmungsregelung, die den AN nicht das Recht zur eigenen Bestellung ihrer Vertreter zuspricht. Sie sind hier insoweit auch nicht Kreationsorgan⁵³⁰, ihnen ist vielmehr durch Gesetz ein Präsentationsrecht übertragen worden⁵³¹, was in seiner Auswirkung nahezu völlig dem satzungsmäßigen gleicht.⁵³²

Die Vertreter der AN-Seite sind völlig vom Willen der AN selbst abhängig, die ihnen zugesprochenen Stellen können nur mit ihrem Willen besetzt werden.⁵³³ was bedeutet, daß ein satzungsmäßiger Einfluß darauf ausgeschlossen ist.⁵³⁴

⁵³⁰ Da sie selbst die Bestellung nicht vornehmen, und damit als Gruppe gesellschaftsrechtlich außerhalb der Gesellschaft bleiben. Molitor, Festschr. f. Ehrenberg S. 60. Die rechtliche Sanktionierung nimmt das Wahlorgan vor, unbek. Verfasser BB 51, 338

⁵³¹ Es wurde bereits oben an mehreren Stellen darauf hingewiesen, daß man nicht von einer "Scheinwahl" oder von einer "Wahl nicht im technischen" Sinne nicht reden kann. Insoweit ist z.B. in Bezug auf das Präsentationsrecht Gessler, BB 56, 629 und Kötter, MitbestG § 6 Anm. 29 S. 104 nicht zuzustimmen.

⁵³² In den Ausführungen im gesellschaftsrechtlichen Teil wurde bereits zu den einzelnen Meinungen Stellung genommen, z.T. zugestimmt. (z.B. Müller-Lehmann Rdn. 55 ff zu § 6) oder auch ablehnend z.B. Dittrich (Diss.) S. 217 ff

⁵³³ Das gilt auch für die Abberufung. Siehe Müller-Lehmann § 11 Rdn. 8 S. 192

⁵³⁴ Spieker (Diss. S. 60 (mit Hinweis auf Boldt u.a.) will sogar sämtliche persönliche Voraussetzungen der Satzung für unwirksam erklären.

Übrig bleibt als Einflußgebiet nur noch die fünf nach § 4 I, a zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieder.⁵³⁵

Dabei soll m.E. durch den Ausdruck vier Vertreter der Anteilseigner und ein weiteres Mitglied gesagt werden, daß dieses kein Interessenvertreter, sondern ein möglichst neutraler Dritter sein soll.

§ 4 Abs. II M-MitbestG bestimmt durch eine Negativformulierung, daß dieses sog. weitere Mitglied bestimmten Anforderungen entsprechen muß. Das bedeutet aber noch nicht, daß bezügl. dieses weiteren Mitglieds die Vereinbarung eines Präsentationsrecht ausgeschlossen wäre.

§ 5 M-MitbestG bestimmt sowohl für die in § 4 Abs. Ia genannten vier Vertreter der Anteilseigner wie auch für das weitere Mitglied, daß diese Mitglieder des Aufsichtsrats durch das nach dem Gesellschaftsvertrag zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern berufene Organ nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages gewählt werden. Das bedeutet mit anderen Worten, daß der Gesellschaftsvertrag sowohl für die vier AE-Vertreter wie auch für das weitere Mitglied im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten anderweitige Zuständigkeiten und Auswahlkriterien schaffen kann. Das bedeutet mithin auch, daß der Gesellschaftsvertrag bezüglich aller fünf Aufsichtsratssitze ein Präsentationsrecht zulässigerweise beinhalten darf. § 4 Abs. II M-Mitbest G wendet sich in diesem Rahmen lediglich an den Berechtigten und schreibt diesem vor, daß bestimmte Personen, bzw. Personengruppen ausgeschlossen sind, soweit sie als weiteres Mitglied in den Aufsichtsrat gewählt werden sollen. Der Präsentierte muß also außer den bereits im ersten Teil gefundenen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen außerdem noch den Voraussetzungen des § 4 Abs. II genügen, er darf nicht unter die dort genannten Personengruppen fallen. Soweit der Berechtigte bei der Präsentation dieses weiteren Mit-

⁵³⁵ Vergleiche im Einzelnen Kötter § 5 Anm. 2 f S.82 zur Frage des Wahlorgans und der Durchführung der Wahl

gliedes § 4 Abs. II M-MitbestG nicht berücksichtigen sollte, haben die Gesellschafter bzw. das jeweilige Wahlorgan das Recht und auch, da hier eine gesetzliche Vorschrift vorliegt, die Pflicht, die Vorschläge insoweit abzulehnen. Ein wichtiger Grund gegen die Bestellung des Präsentierten als weiteres Mitglied wäre daß dieser in eine in § 4 Abs. II erwähnte Gruppe untergeordnet werden könnte. § 4 Abs. II fordert für dieses weitere Mitglied ein bestimmtes Mindestmaß an Neutralität, welches die Gesellschafter oder das jeweilige Wahlorgan berechtigt, bei Nichteinhaltung dieser Vorschrift die Vorschläge abzulehnen. Das gleiche gilt auch dann, wenn der Präsentierte zwar nicht eindeutig unter eine der dort genannten Personengruppen fällt, es jedoch aus konkreten anderen Gründen zu erwarten steht, daß der Präsentierte dieses Mindestmaß nicht einhalten wird. Auch dann wird man einen wichtigen Grund gegen seine Bestellung annehmen können, das Wahlorgan somit als berechtigt ansehen, seine Bestellung zurückweisen.

In Ansehung des § 4 Abs. II M-MitbestG verkleinert sich daher der Kreis der zu Präsentierenden, das Präsentationsrecht selbst wird hierdurch jedoch nicht ausgeschlossen.

Hinsichtlich der Präsentation der vier Vertreter der Anteilseigner ergibt sich demgegenüber keine Änderung zum gesellschaftsrechtlichen Teil. Vor allem ist, wie schon oben in Teil B II erarbeitet wurde, kein Grund gegeben, ein Präsentationsrecht völlig auszuschalten.

Weder gelten für die GmbH die aktienrechtlichen Bestimmungen⁵³⁶, noch kann eine Anlehnung an die Vorschriften über das Entsendungsrecht -weder über ausdrückliche noch gar über sinngemäße Anwendung⁵³⁷ in Bezug auf das Präsentationsrecht.

⁵³⁶ Kötter § 5 Anm. 4 S. 83 ff geht von einer nicht Gesetz gewordenen Fassung aus. Seine Überlegungen haben aber dennoch ihre Berechtigung auch für den geltenden Text, einen echten Widerspruch zu den hier gefundenen Ergebnissen kann man in seinem Gedankengang m.E. nicht finden.

⁵³⁷ Davon geht Kötter aaO anscheinend bezüglich der GmbH aus.

zu einer Begrenzung führen.⁵³⁸

Auch § 5 steht dem nicht entgegen. Wahlorgan bleibt auf jeden Fall die Gesellschafterversammlung oder ein substituierendes Organ.

Auch Dritten kann das Präsentationsrecht ohne weiteres übertragen werden, letztlich ist es ja Sache der Gesellschafter, wie weit sie sich des Einflusses auf die Gesellschaft begeben wollen.

Man wird den Zeitpunkt der Einführung der Mitbestimmung höchstens als einen wichtigen Grund zur Korrektur der Satzung und wenigstens teilweise Entzug des Sonderrechts zur Präsentation ansehen können, ansonsten ändert sich in Bezug auf die vier Stellen insoweit nichts⁵³⁹.

2. Im Mitbestimmungsergänzungsgesetz

Die grundsätzliche Unterscheidung des MitbestergG gegenüber dem ⁺MitbestG besteht darin, daß hier die AN für ihre Vertreter im Aufsichtsrat Krea-
tionsorgan sind. Es entsenden aber nicht nur sie,
sondern auch die im Unternehmen vertretenen Spit-
zenorganisationen.⁵⁴⁰ + Montan-

Wenn man auch dadurch die Position der Gesellschaf-
terversammlung dem Aufsichtsrat gegenüber als ge-

⁵³⁸ Boldt § 5 Anm. 2bb S. 71 kommt ohne nähere Begründung auch für ein Benennungs- d.h., Präsentationsrecht zum gegenteiligen Ergebnis.
M.E. läßt sich weder aus dem Gesetz noch aus der Entstehungsgeschichte derartiges entnehmen.

⁵³⁹ Wenn Kötter aaO meint, mit Einführung des ⁺MitbestG sei die Zahl der von einem Entsendungsrecht belegten Aufsichtsratssitze automatisch auf das Verhältnis der den AE noch zur freien Verfügung stehenden zu relativieren, so ergibt sich dies jedenfalls nicht aus dem Gesetz. Weitere Ausführungen erübrigen sich, da das Gesetz bereits 1951 in Kraft trat. + Montan-

⁵⁴⁰ Siehe dazu §§ 6 u. 7 MitbestG sowie Boldt, MitbestergG, vor allem § 7 Rdn. 3 S. 73

schwächt ansehen kann⁵⁴¹, bezieht sich das aber nicht auf die von ihr selbst gem. § 5 I a, i.V. § 5 II i.V. § 5 MitbestG zu bestellenden Mitglieder. + Montan -

Insoweit wie für den hier "15. Mann"⁵⁴² - gilt kein Unterschied zum oben Gesagten: Für die allein dem Einfluß der AE unterliegenden 7 Aufsichtsräte, die auch von ihnen selbst bestellt werden, gibt es keine Begrenzung für ein Präsentationsrecht⁵⁴³.

Den Gesellschaftern verbleibt bei Übertragung des Präsentationsrechts noch der minimale Einflußbereich, der jedenfalls bei der GmbH ausreicht, um auch von daher die obige Entscheidung zu stützen.

3. Im Betriebsverfassungsgesetz

Das BetrverfG stellt mit seinen Mitbestimmungsnormen §§ 76, 77 BetrverfG 52 die geringste gesetzliche Mitwirkungsbefugnis der AN auf diesem Gebiet dar.

Zwar gilt auch hier, daß keine besonderen persönlichen Voraussetzungen für die Vertreter der AN im Aufsichtsrat geschaffen werden dürfen und daß 1/3 der Sitze nicht von den Gesellschaftern be-

⁵⁴¹ So richtig Dittrich (Diss.) S. 291; Kunze AuR 56 S. 259 bezeichnet es als "eine wenig glückliche Abweichung vom MitbestG"

⁵⁴² Siehe dazu Kötter MitbestergG § 5 Anm. 4 u. 6 S. 56 sowie § 6 Anm. 14 u. § 7 Anm. 1 S. 63 ff

⁵⁴³ Dabei gilt auch hier nicht die, zum MitbestergG u.a. von Boldt, § 5 Rdn. 3 a; Kötter § 5 Anm. 4a Müller-Lehmann § 5 Anm. 7 und Kunze, AuR 56, 258, vertretene Auffassung, daß ein Entsendungsrecht auf 1/3 der Vertreter der AE beschränkt sei.

legt werden dürfen⁵⁴⁴, aber immerhin 2/3 der Aufsichtsratssitze stehen noch den AE zu.

Während es vor 1965, als das alte AktG von 1937 noch galt, streitig war, ob ein Entsendungsrecht für den Aufsichtsrat überhaupt möglich war⁵⁴⁵, ist durch die Verweisung auf § 101 AktG diese Frage heute geklärt: Eine Entsendung ist nur noch bis zu einem Drittel der Sitze der AE möglich⁵⁴⁶.

Demgegenüber ist diese Bestimmung aber nicht, wie bereits o.a., auf das Präsentationsrecht, auch nicht analog, anzuwenden. Das bedeutet also,

⁵⁴⁴ Siehe z.B. Klingelhöfer, RdA 55, S.97f und Kötter, MitbestergG § 14 Anm.4 S.98 f. Die Sitze müssen für die AN freigehalten werden und dürfen auch vom Gericht nur soweit im Wege der Notbestellung besetzt werden, wie dies zur Herstellung der Beschlußfähigkeit erforderlich ist.

⁵⁴⁵ Ohne Begründung, rein auf die formale Nichtzitation des § 88 Akt '37, sprachen sich gegen eine Möglichkeit, ein Bestellungsrecht einzuräumen, u.a. aus:
Ballerstedt, GmbHRsch 52, 178; Bergmann NJW 53, 82; Ebben (Diss.) S. 63f und 67; Hueck BB 53, 328 und Kreifels GmbHRsch 55, 177
Nach Huecks Formulierung wendet er sich gegen das Recht, ein Aufsichtsratsmitglied zu bestimmen. Darunter würde ansich auch das Präsentationsrecht fallen. Aber zunächst ist nicht ersichtlich, ob er das so gemeint hat und zum anderen gibt auch er keinerlei Begründung an.
Demgegenüber stand auf der Gegenseite Nipperdey, der mit einer m.E. durchschlagenden, auch heute noch für das Präsentationsrecht geltenden Begründung die Anwendung des § 88 AktG '37 ablehnte. Nipperdey GmbHRsch 53, 145 ff sah den Zweck des BetrverfG darin, "unter Wahrung und möglichster Schonung der bisherigen gesellschaftlichen Formen den Arbeitnehmern das Recht zu geben, neben den Vertretern der Anteilseigner im Aufsichtsrat gewählt zu werden."
Daran kann das BetrverfG auch in der heutigen Fassung nichts am Präsentationsrecht geändert haben. Ihm folgen mit ebenso Überzeugenden Argumenten Dietz, Festschr. S. 700 ff; Hachenburg Anh. I zu § 52 S. 312 f; Klaasen (Diss.) S. 16

⁵⁴⁶ Gleichgültig ist es hier, ob man das nach Sinn und Zweck für notwendig hält (Kreifels GmbHRsch 55, 179) dies ist zwingende Regelung: Eder in Handbuch RZ 479, 2 S. 222; Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rdn.7 S. 925; Greiffenhagen (Diss.) S.75 ff mit Hinweis auf die vorher noch gegebene Streitfrage.

daß die Sitze des Aufsichtsrats, d.h., sämtliche der Kapitalseite zustehende Sitze, mit einem Präsentationsrecht belegt werden dürfen.

Es ist entgegen dem Bestellungsrecht nach § 101 AktG ebenfalls möglich dieses Präsentationsrecht einem Dritten einzuräumen.⁵⁴⁷ Das BetrVerfG ändert insoweit außer der Beschränkung durch die den AN zustehenden Sitze nichts an der grundsätzlichen Einstellung zum Präsentationsrecht.

4. Das Mitbestimmungsgesetz

Das neben die anderen drei Mitbestimmungsregelungen getretene MitbestG beinhaltet in den §§ 6 und 8 MitbestG, welche mit dem Entwurf übereinstimmen, keinerlei Einschränkung des Bestellungsrechts bei der GmbH bezüglich der von den AE zu besetzenden Aufsichtsratsstellen. Danach kann also die Zusammensetzung des Aufsichtsrats von der AE-Seite jetzt genauso erfolgen, wie sie beim fakultativen Aufsichtsrat vereinbart werden konnten.⁵⁴⁸

Damit fällt eine Entscheidung zum Präsentationsrecht leicht: Wenn schon das Bestellungsrecht dann muß auch das Präsentationsrecht zulässig sein.

⁵⁴⁷ Nicht einzusehen ist es, warum Dietz aaO S. 705, zwar das Bestellungsrecht grds. zulassen will, aber aus grundsätzlichen Überlegungen zum BetrVerfG dieses Bestellungsrecht nur Gesellschaftern vorbehalten will. Man wird wohl kaum dem folgen können, vor allem für das Präsentationsrecht erscheint eine solche Unterscheidung nicht sinnvoll.

⁵⁴⁸ Vergleiche dazu Deutler, GmbHRSch 74, S. 147 und die Begründung zum E-MitbestG S. 22

AE-Sitze im Aufsichtsrat und durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, daß der Aufsichtsrat Wahlorgan für die Geschäftsführer ist, eine volle paritätische Mitbestimmung zugesichert werden. Dies kommt dann dem Willen der Beteiligten wesentlich näher, als die Vereinbarung eines Stimmbindungsvertrags.⁵⁵⁴

Als Schlußsatz ließe sich m.E. folgendes festhalten:
Wie sich gerade bei der Betrachtung der Mitbestimmung gezeigt hat, ist das Präsentationsrecht durchaus in der Lage, eine ebenso große Bedeutung zu erlangen, wie es das Bestellungsrecht und die Stimmbindungsvereinbarung schon heute haben.

Daß es dennoch selten genannt wird, liegt wohl auch an der weitverbreiteten Unkenntnis über den Inhalt und den Möglichkeiten, die es bietet.

⁵⁵⁴ Man braucht sich dazu die Stimmbindungsverträge, die die Kommunen Oberhausen, Kiel und Duisburg mit der ÖTV abgeschlossen haben, nur anzusehen (aufgeführt bei Wössner S. 32 ff und Schmiedel aaO S. 347 f)

...des Bestellungsrechts jetzt ein Präsentationsrecht zu vereinbaren.

So kann weitgehend der alte, von den Gesellschaftern gewollte Rechtszustand wieder hergestellt werden.

Auch was die Übertragung auf einen Dritten betrifft, bestehen im Gegensatz zum Bestellungsrecht keinerlei mitbestimmungsrechtliche Probleme.

Insoweit kann das Präsentationsrecht dort, wo weitgehende Einflüsse Einzelner gewünscht werden, diese ihnen auch nach Einführung der Mitbestimmung noch verschaffen und zwar z.T. erheblich über das Bestellungsrecht hinaus.

4) Endlich kann durch das Präsentationsrecht auch der Einfluß der AN wesentlich besser über das Maß des BetrverfG hinaus erweitert werden. Während man wohl der Meinung folgen muß, daß das BetrverfG in jeder Beziehung zwingendes Recht ist, also auch eine generelle privatautonome Abänderung der 1/3 Beteiligung verbietet,⁵⁵⁰ spricht das nicht gegen eine Vereinbarung eines Präsentationsrechts zugunsten der AN.

Was bisher -als einzige zulässige und optimale Lösung angeboten- durch Vereinbarung eines Stimmbindungsvertrages mit dem Hauptaktionär⁵⁵¹ erreicht wurde⁵⁵², läßt sich zweckmäßiger durch ein Präsentationsrecht einführen:

Ohne die Kontrolle über das Unternehmen völlig zu verlieren⁵⁵³, können den AN durch Präsentationsrecht auf

⁵⁵⁰ Siehe z.B. Schmiedel, JZ 73, S.346 u. Wössner (DlS.78; jeweils m.w.N. Vgl. dazu jetzt auch das Urteil des BGH in DB 1975, S.1549 und die Besprechung von Raiser, ZGR 76, S.109, der bei einer GmbH die gesellschaftsvertragliche Verankerung für zulässig hält.

⁵⁵¹ Meist einer öffentlichrechtlichen Körperschaft, die an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligt ist.

⁵⁵² Siehe dazu grds. die Diss. von Wössner und die Aufsätze von Claussen, AG 71, 388 f und Schmiedel aaO

⁵⁵³ Was u.U. aus öffentlichrechtlicher Sicht, speziell des Gemeinderechts, bedenklich sein kann. Siehe dazu Wössner aaO

Woran man beim Bestellungsrecht angesichts der Stimmen zum BetrVerfG i.V. AktG¹ 37 noch zweifeln könnte, ist beim Präsentationsrecht m.E. völlig klar:

Es kann unbeschränkt Gesellschaftern wie auch Dritten übertragen werden. Unterschiede ergeben sich nur aus gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten.

III. Zusammenfassung: Wie weit greift die Mitbestimmung ein?

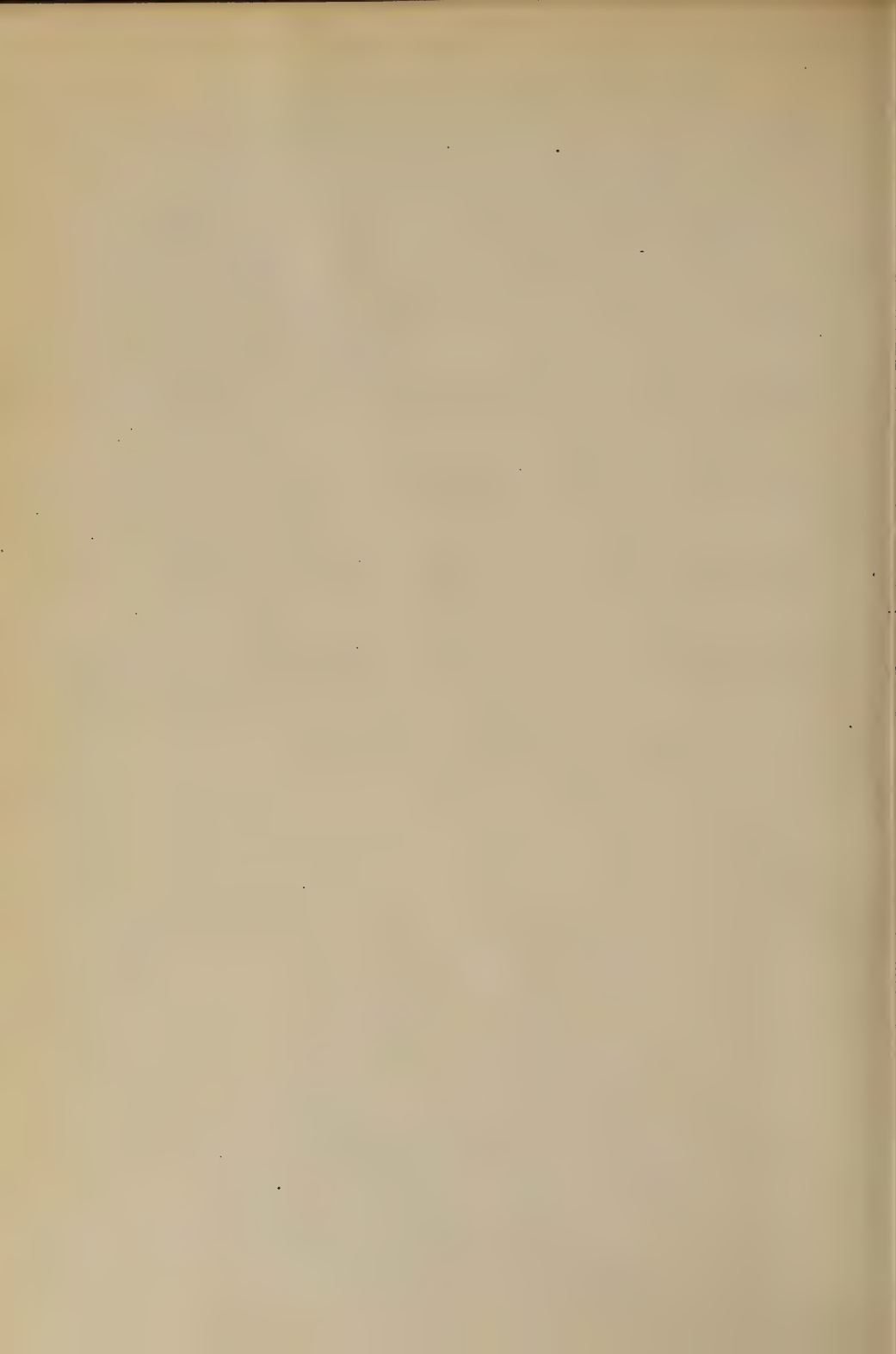
- 1) Die Mitbestimmung beeinträchtigt das Präsentationsrecht bezüglich der Geschäftsführung nur in einem geringen Maße, indem es dem Berechtigten eine besondere Sorgfaltspflicht bei der Auswahl des zu Präsentierenden im Hinblick auf das Verhalten der AN-Vertreter im Aufsichtsrat auferlegt. Es werden hier zwar, mit Ausnahme des BetrVerfG, gewisse Einschränkungen durch die Mitbestimmung gemacht, an den gesellschaftsrechtlichen Grundsatzentscheidungen des ersten Teils ändert sich jedoch nichts. Bezüglich der Aufsichtsratsmitglieder findet lediglich eine zahlenmäßige Beschränkung statt, das Recht ist auf die den Anteilseignern zugestandenen Sitze beschränkt.
- 2) Bezüglich anderer, von der Mitbestimmung nicht betroffener Organe ergibt sich keine Änderung an den gesellschaftsrechtlichen Grundentscheidungen.⁵⁴⁹
- 3) Das Präsentationsrecht ist in der Lage, dort, wo das Bestellungsrecht wegen Anwendung der aktienrechtlichen Regelungen entweder ganz oder z.T. beschränkt wird, dieses abzulösen. Obwohl m.E. eine Umdeutung des Bestellungsrechts in ein dann einzig zulässiges Präsentationsrecht wegen der großen gesellschaftsrechtlichen (nicht faktischen) Unterschiede wohl nicht möglich sein wird, kann die Mitbestimmung Anlaß dazu bieten, statt

⁵⁴⁹ So z.B. bei einem neben dem obligatorischen Aufsichtsrat noch bestehenden Beirat. Daß die Einführung eines Beirats zulässig und sinnvoll ist, hat Schneider, BB 73, 1464 ff überzeugend dargelegt.



Lebenslauf

Geburt	28. September 1950 in Deutschland
Eltern	Hausfrau Ilse Vitt, geb. Schiffer Unternehmensberater Walter Vitt
Schulbesuch	1957 - 1961 Volksschule Wuppertal- Vohwinkel 1961 - 1963 Math. Naturwiss. Gymnasium Wuppertal-Vohwinkel 1963 - 1969 Schlossgymnasium Düsseldorf- Benrath, später math. naturw. Zweig Koblenzer Str. 10.6.1969 Abitur
Wehrdienst	1.10.1969 - 1.4. 1971 Bundeswehr und . Wehrersatzdienst
Studium	SS 1970 - WS 71/72 Universität Köln SS 1972 - WS 1974 Westf. Wilhelmsuniversi- tät Münster
Abschluß	19.6.1974 1. jur. Staatsexamen 16.6.1977 2. jur. Staatsexamen
Berufsausübung	seit 11.7.1977 als Rechtsanwalt beim Amts- und Landgericht Hagen zugelassen



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Dekan: Prof. Dr. Welp

Tag der mündlichen Prüfung: 13.7.1978

